

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**MAESTRÍA EN DE DERECHO**

**MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO**

**Moralidad Pública y Tributación en el Ecuador**

**Verónica Elizabeth Arias Fernández**

**2009**

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando su reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Verónica Arias Fernández

Quito, 2 de marzo de 2009

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO**

**Moralidad Pública y Tributación en el Ecuador**

**Verónica Elizabeth Arias Fernández**

**Tutor: Dr. César Montaña Galarza**

**Quito - Ecuador**

## **RESUMEN**

El objetivo central de la presente investigación se enfoca en explicar si el no sometimiento al impuesto a la renta de las ganancias ilícitas en el Ecuador, podría atentar contra la moral del Estado y del Derecho Tributario, e incluso lesionar los más importantes principios de la tributación como el de igualdad, generalidad, legalidad y capacidad contributiva. Con este propósito, realizaré una revisión de la finalidad que cumple la Administración Pública, el objetivo del Derecho Tributario y el aporte de los Principios Tributarios y su vinculación con la moral. Se estudiará además si el sistema jurídico ecuatoriano somete a tributación las rentas provenientes de actividades ilícitas, para luego analizar a través de casos concretos, si la renta proveniente del narcotráfico, contrabando y usura puede ser sujeta a imposición.

Sobre la base de argumentos doctrinarios y normativos, complementados con un aporte personal, presentaré las posturas a favor y en contra de la tributación de rentas provenientes de fuente ilícita, para luego ubicar mi perspectiva al respecto.

*A Dios y a mis padres, pilares de mi vida... mi imperecedera gratitud*

## **ÍNDICE**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **CAPÍTULO I**

##### **MORAL, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y TRIBUTACIÓN**

###### 1.1 La Moral y la Administración Pública

###### 1.2 La Moral y el Mundo Jurídico

###### 1.2.1 Función del Derecho y su relación con la moral

###### 1.2.2 Moral y Derecho Tributario

###### 1.3 La Moral y los Principios de la Tributación

###### 1.3.1 Del Principio de Legalidad y la moral

###### 1.3.2 Del Principio de Generalidad y la moral

###### 1.3.3 Del Principio de Igualdad y la moral

###### 1.3.4 Del Principio de Capacidad Contributiva y la moral

#### **CAPITULO II**

##### **CONCEPTO DE RENTA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

###### 2.1 Teorías que definen el concepto de renta

###### 2.1.1 Teoría de la Fuente

###### 2.1.2 Teoría del Incremento patrimonial

###### 2.2 Concepto de Renta en la Legislación ecuatoriana

## **CAPITULO III**

### **EL IMPUESTO A LA RENTA EN EL ECUADOR Y LAS GANANCIAS ILÍCITAS**

3.1 La recaudación tributaria por rentas ilícitas. Análisis de posibles escenarios

3.1.1 Caso: Ganancias por narcotráfico

3.1.2 Caso: Ganancias por contrabando

3.1.3 Caso: Ganancias por usura

3.2 Fortalecimiento de la moral del Estado mediante la tributación de rentas ilícitas

3.3 Los Principios de la Tributación en el sometimiento de rentas ilícitas

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCION

La tributación de rentas ilícitas, ha sido una de las grandes interrogantes de la dogmática tributaria, por un lado, hay quienes consideran que este hecho podría originar un quebrantamiento de la moral del Estado –y del Derecho Tributario- otorgando así, a esta rama del Derecho, una característica de “*amoralidad*”; por otro lado, existe el criterio de que el Estado está en la facultad de hacer cumplir con sus obligaciones tributarias a los contribuyentes independientemente si el origen de su renta es lícito o no, además los principios de la tributación como el de igualdad, generalidad, legalidad y capacidad contributiva –principalmente- garantizan un trato justo a todos los contribuyentes, sustentando de esta manera la imposición de rentas ilícitas.

Esta disyuntiva que se propone en el párrafo precedente necesita de un análisis objetivo, pues la característica de que el Derecho Tributario –y particularmente el Estado- es “amoral” debe ser fundamentada –o en otro caso desestimada-, desde una posición que no desvirtúe el verdadero fin del Derecho Tributario, que sería la aplicación del régimen tributario con justicia; condición básica de toda rama del derecho.

Es así que el primer capítulo de esta investigación contiene un estudio que relaciona la Administración Pública, el Derecho Tributario y los Principios Constitucionales Tributarios con argumentos de corte moral, esto con el objetivo de determinar si la “moral” del Estado y del Derecho Tributario se vería comprometida al someter a imposición ganancias provenientes de actividades ilícitas, de igual forma se podrá establecer si el sentido de los principios de la tributación se ve reforzado con el sometimiento de estas ganancias al impuesto a la renta en el Ecuador. Luego, en el segundo capítulo realizo un análisis de la renta en el Ecuador, principalmente del concepto de renta en nuestro sistema jurídico, a través del cual se determinará si el régimen de impuesto a la renta en



nuestro país somete a tributación rentas de fuente ilícita. Y finalmente en el tercer capítulo se desarrollan tres casos, particularmente el narcotráfico, contrabando y usura cuya finalidad apunta a comprobar de manera práctica si las ganancias provenientes de estos ilícitos, son susceptibles de imposición. Estos supuestos me permitirán indagar y profundizar en la búsqueda de una respuesta válida a esta problemática bajo fundamentos jurídicos sólidos, apoyados en la correcta técnica tributaria.

En esta primera aproximación a la presente investigación, se acredita la importancia del tema, el mismo que como veremos en su desarrollo ha sido tratado ubicando los fundamentos jurídico-tributarios que argumenten fielmente la posición que personalmente asumo frente a este asunto de indiscutible debate.

## CAPÍTULO I

### MORAL, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y TRIBUTACIÓN

#### 1.1 LA MORAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Establecer la relación entre Moral<sup>1</sup> y Administración Pública puede parecer un asunto sencillo, por la conexión existente entre “el buen obrar” de una Administración basada en consideraciones morales y su plena relación con los más elevados valores y principios que la sociedad exige. Sin embargo, un tema que lleva cargado cierto grado de subjetividad puede dar paso a debates entre diferentes corrientes de pensamiento que aprueban o no esta relación.

---

<sup>1</sup> Son numerosos los estudios realizados en torno a la moral y a la ética, por ejemplo: para Nicola Abbagnano la “Ética en general –es- ciencia de la conducta. –dice:- Existen dos concepciones fundamentales de esta ciencia, a saber: 1) la que la considera como ciencia del *fin* al que debe dirigirse la conducta de los hombres y de los *medios* para lograr tal fin y derivar, tanto el fin como los medios, de la *naturaleza* del hombre; 2) la que la considera como la ciencia del *impulso* de la conducta humana e intenta determinarlo con vistas a dirigir o disciplinar la conducta misma”. Este mismo autor considera “dos significados que corresponden a los del sustantivo Moral...: 1) pertinente a la doctrina ética; 2) pertinente a la conducta y, por lo tanto, susceptible de valoración moral, y en especial, de valoración moral positiva”. Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 465-466, 800- 801. Por su parte José Ferrater plantea que la “Ética en la evolución posterior del sentido del vocablo, se ha identificado cada vez más con lo moral, y la ética ha llegado a significar propiamente la ciencia que se ocupa de los objetos morales en todas sus formas, la filosofía moral -y formula que- la Moral se deriva de *mos* <<costumbre>> lo mismo que “ética” y por eso “ética y “moral” son empleados a veces indistintamente. Sin embargo, el término “moral” tiene usualmente una significación más amplia que el vocablo “ética”...y finalmente, lo moral se opone comúnmente a lo inmoral y a lo amoral en cuanto lo que se halla insertado en el orbe ético se opone a lo que se enfrenta con este orbe o permanece indiferente ante él. Lo moral es en tal caso lo que se somete a un valor, en tanto que lo inmoral y lo amoral son, respectivamente, lo que se opone a todo valor y lo que es indiferente al valor.” José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Tomo 1, 2, 3, Madrid, Alianza Editorial, 1981, pp.1057 y 2272. De acuerdo con Walter Brugger, “la ética o *filosofía* moral tiene por objeto el examen filosófico y la explicación de los llamados hechos morales. Cuéntanse entre los hechos morales las valoraciones éticas, los preceptos, las normas, actitudes virtuosas, manifestaciones de la conciencia, etc.” Y considera la Moralidad como “la conducta del hombre basada en la libre determinación con respecto a la ley moral.”<sup>1</sup> Walter Brugger, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Editorial Herder, 1978, pp.205, 354. Como podemos distinguir son tantas las acepciones que diferentes estudiosos han realizado de la moral y de la ética, que fácilmente se tiende a confundir estos términos, sin embargo etimológicamente el significado es el mismo: moral proviene del latín “*mos*” y *ética* del griego “*ethos*”, ambos significan costumbre, uso, práctica o conducta. No obstante actualmente se diferencian tomando en cuenta que la moral tiene una connotación práctica, mientras que la ética se queda en el ámbito teórico –es decir, estudia de manera filosófica y científica la moral-; sin embargo tanto moral como ética se refieren a normas de comportamiento. Con propósito de este estudio emplearemos el término “moral”.

El conocido tratadista Roberto Dromi, manifestaba que: “el fin que explica la *ratio essendi* del Estado es el bien común. Éste impera como una causa orientadora de la existencia estatal. El fin no es una materia a construir sino un objetivo a cumplir imperativamente, en tanto importa, de modo inseparable, la consecución del bien - complementa su criterio manifestando que- la capacidad del Estado, concebida como medio, para conseguir su meta: el bien común...es una capacidad *cualitativa y moral*, dirigida al fin comunitario propuesto”.<sup>2,3</sup>

Partiendo de este razonamiento, la Administración Pública –como organización del Estado- va encaminada a satisfacer las demandas sociales, a través de los recursos que el Estado obtiene de diferentes fuentes; esta satisfacción de necesidades públicas tiene un objetivo substancial: el bienestar colectivo, que trae como consecuencia una elevación del nivel de vida del grupo humano al cual va dirigida la actividad pública. Este objetivo sin duda lleva implícito un contenido de moralidad, pues la búsqueda del bien común no nos puede llevar sino a pensar con claridad que quienes se encuentran frente a la Administración, bajo una conducta de responsabilidad, deber y compromiso, despliegan planes sociales dirigidos al bienestar general; a través de una adecuada administración y control de los recursos estatales canalizados al desarrollo integral de la población.

---

<sup>2</sup> Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo* Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 4.

<sup>3</sup> Para Hermann Heller “la función del Estado consiste en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante... No constituye el único objetivo del problema de la justificación del Estado, como se dice corrientemente, la cuestión de por qué hay que soportar la coacción estatal, sino, en primer lugar, la de por qué hay que ofrecer al Estado los máximos sacrificios personales y patrimoniales: pues el Estado nace y se mantiene, en primer término, por este sacrificio espontáneo y sólo en segundo lugar, por la coacción soportada pasivamente. Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. La legitimidad moral de su pretensión de máximo sacrificio y poder coactivo no puede ser fundamentada con la mera remisión al carácter necesario de su función social, o sea, la organización y actuación de la cooperación social-territorial”. Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, Fondo de cultura económica, 1998, pp. 260, 277- 278.

El sociólogo Jürgen Habermas expresa que: “no hay ni puede haber una distinción de principio entre moral privada y moral pública; puede haber alguna distinción a lo sumo en lo tocante al grado de organización y mediación institucional de las interacciones. Pues es claro que las personas no están obligadas moralmente de forma distinta como individuos que se respetan unos a otros que como miembros de una comunidad que realiza fines colectivos”.<sup>4</sup>

De esta manera se colige que la moralidad reside y se desplaza de la esfera individual, proyectándose en el ámbito público, pues como acertadamente lo manifiesta Habermas la moral privada y la moral pública no pueden distinguirse en el fondo de su cometido, sino en la “manera” de cumplir con la garantía de una convivencia satisfactoria para todo el conglomerado.

Coincidiendo con el criterio antes expuesto, Kaufmann citando a Bollnow plantea que: “la moralidad elemental pervive porque está limitada a las exigencias básicas y más generales de la conducta que entraña la vida en común, no sólo en la conciencia del individuo, sino en el ámbito público de la conciencia colectiva.”<sup>5</sup>

En cuanto a la Administración Tributaria -como parte de la Administración Pública-, y componente básico de un sistema fiscal, le corresponde en el caso ecuatoriano –según al Art. 67 del Código Orgánico Tributario- ejercer facultades que comprenden: la aplicación de la ley; la determinación de la obligación tributaria; la resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracción de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos.

---

<sup>4</sup> Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Editorial Paídos, 1991, p. 38.

<sup>5</sup> Arthur Kaufmann, *Derecho, Moral e Historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 86.

Sin lugar a dudas estas facultades de inexorable responsabilidad conllevan que quienes se encuentran frente a la Administración Tributaria<sup>6</sup>, guarden armonía entre la aplicación de la legislación en vigencia y el aseguramiento en el cumplimiento de la ley, de forma justa para todos los contribuyentes.

En la relación administración-contribuyente, la moral puede tomar dos direcciones:

a) Por un lado la *moral del contribuyente* en su deber de cumplir de forma justa y oportuna con sus obligaciones tributarias. En este punto la moral juega un papel categórico, pues la evasión<sup>7</sup> fiscal se ha convertido en un fenómeno que toda administración tributaria se propone combatir, sin embargo es el contribuyente quien -de manera voluntaria, bajo un sentido de solidaridad y compromiso con el Estado, asumiendo su deber de ciudadano interesado en el sostenimiento de la estructura estatal en la cual se desenvuelve-, debe aportar en la medida de lo “justo”, pues quien tiene derechos dentro del Estado, le corresponde cumplir con sus deberes de ciudadano, bajo parámetros de moralidad y civismo.

La ausencia de cultura tributaria del ciudadano influye en el grado de evasión fiscal, que puede motivarse entre otras variables, por la falta de claridad del destino de los ingresos tributarios. De ser así, esta situación, se vería revertida si el ente público acreedor de los tributos, mantiene informada a la ciudadanía acerca del empleo de la

---

<sup>6</sup> El objetivo de la Administración Tributaria sería promover el cumplimiento de las obligaciones tributarias eficazmente, debiendo entenderse como idea de eficacia que este cumplimiento, normalmente, se produzca en forma espontánea. Para que esa espontaneidad sea generalizada, es necesario que la Administración Tributaria induzca a los contribuyentes a cumplir, desarrollando dos tipos de acciones: las de facilitación en todas las formas de ese cumplimiento y, al mismo tiempo, las de combate efectivo al incumplimiento. [www.ciat.org](http://www.ciat.org)

<sup>7</sup> La evasión puede ser definida como la eliminación total o parcial del pago de un gravamen o tributo por quienes están obligados a ello, violando así la ley que impone el pago de los mismos; a diferencia de ésta existe otra figura –que persigue los mismos fines de la evasión- denominada elusión, que existe cuando aquellas acciones u omisiones tendientes a evitar o disminuir el hecho generador se realizan por medios lícitos, es decir, sin infringir el texto de la ley. Sin embargo existen autores que consideran que la elusión “es siempre ilícita, tratándose de una forma específica de evasión por abuso de formas jurídicas. José Tapia Tobar, *La evasión fiscal: causas, efectos y soluciones*, México, Editorial Porrúa, 2000, pp. 44-45.

recaudación fiscal y los efectos nocivos que produce la evasión, pues el dotar de fondos al Estado, es una condición necesaria para la convivencia en sociedad, la misma que requiere de servicios públicos concedidos por la organización estatal.<sup>8</sup>

b) Y por otro lado se encuentra la *moral de la administración tributaria*<sup>9</sup>, tema central de esta investigación. Klaus Tipke en su obra *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*, en el apartado sobre la Ética de los poderes públicos, propone las carencias de la moral tributaria, entre ellas: “Carencias de la moral legislativa” y “Carencias morales en la aplicación de la ley.”<sup>10</sup>

En cuanto a la primera expresa:

[...] algunas declaraciones sinceras de los políticos que han representado un papel central en la elaboración de las leyes tributarias demuestran que...la práctica de la legislación tributaria se determina casi exclusivamente por el cálculo político -añade- la moral tributaria no exige que las leyes tributarias respondan a una tradición, sino que estén de acuerdo con la Constitución vigente y con los principios éticos presentes en los derechos fundamentales constitucionalizados.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Para el sociólogo francés Pierre Bourdieu “es imprescindible que el cuerpo de los agentes encargados del cobro del impuesto, y capaces de llevarlo a cabo sin desviarlo en beneficio propio, y los métodos de gobierno y de gestión que despliega –contabilidad, archivo, vista judicial de litigios, actas de procedimiento, control de las actuaciones, etc.,- estén capacitados para ser conocidos y reconocidos como legítimos, que se los <<identifique fácilmente con la persona, con la dignidad del poder>>...”. Pierre Bourdieu, *Razones Prácticas*, Barcelona, Editorial Anagrama S.A, 1997, pp. 103-104.

<sup>9</sup> El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, distinguiendo la importancia de este tema, presenta la Declaración sobre la Promoción de la Ética en la Administración Tributaria, reconociendo entre otras cosas, que “la forma en que un país administra sus políticas tributarias y la percepción que tengan los ciudadanos de la formalidad e integridad del gobierno depende en gran medida de cómo perciban a la administración tributaria”, y declaran que: “las administraciones tributarias deben tener programas de integridad orientados a la promoción de la Ética que tomen en cuenta...la equidad: -pues- el régimen de derecho tributario debe ser justo y equitativo. Las leyes reglamentos y políticas se deben administrar de manera transparente. Los contribuyentes tienen derecho a un alto grado de certidumbre y consistencia en su trato con la administración tributaria. Tienen derecho a la presunción de su buena fe; a la aplicación imparcial de la ley, a la apelación de las decisiones y a la protección y confidencialidad de la información. La información que se propicie a los contribuyentes debe ser clara, exacta y fácilmente accesible.” [www.ciat.org](http://www.ciat.org) - La parte transcrita corresponde a un extracto del presente documento.

<sup>10</sup> Klaus Tipke, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2002, p. 83

<sup>11</sup> Klaus Tipke, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*, pp. 85-89-90

Respecto de las carencias morales en la aplicación de ley, dice: "...si las leyes tributarias son injustas, la Administración tributaria vinculada por dichas leyes no pueden producir justicia alguna. Por el contrario, cuanto más se apliquen tales leyes injustas más sufrirá la Justicia tributaria." <sup>12</sup>

La moral como fundamento moderador de la conducta, responde ante estos dos planteamientos:

1) En cuanto a las *carencias de la moral legislativa*: es innegable que temas de tanta complejidad como el Derecho Tributario, y de manera particular la elaboración de normas tributarias, requiere de cierto conocimiento técnico, los representantes en los parlamentos nacionales en ciertos casos confían la elaboración de estas leyes a especialistas en temas impositivos, situación que sin duda provoca una crisis de representación, acertadamente Enrique del Percio expresa que la complejidad de los temas tributarios ocasiona que se delegue a expertos las decisiones finales en materias de creciente dificultad; -agrega- que esta crisis de representación que se produce afecta también al principio de reserva de ley que fundamenta la potestad tributaria del Estado.<sup>13</sup>

Es indudable que la materia tributaria es de delicado tratamiento, puesto que la creación, modificación o derogación de leyes tributarias puede llegar incluso a vulnerar los derechos humanos, es por eso que la variable política tiene una gran incidencia en estos temas, cuando la presión de grupos de interés o el afán del legislador por cumplir con los intereses del sector que mayor cantidad de electores posea, hace que se tomen decisiones influenciadas por estas presiones que son una manifestación que la moral

---

<sup>12</sup> Klaus Tipke, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*, p. 97.

<sup>13</sup> Enrique Del Percio, "Sociedad, Estado y Tributación. Apuntes para una sociología de las finanzas públicas", en *Alegatos: Revista de opinión jurídica*.

tributaria del Estado puede verse quebrantada por estas circunstancias y no en función de llegar a una mayor justicia en el sistema impositivo del país.<sup>14</sup>

En este punto, pienso útil, traer a consideración el pensamiento de Hume –citado por Hurri- quien manifestaba que “una condición necesaria para la moral es que los hombres consideren al interés público como un interés por derecho propio. Requiere que la gente sea capaz de comprometerse con el intercambio de sentimientos (morales). Más aún, requiere que los hombres sean capaces de asumir una perspectiva imparcial que deje de lado los intereses privados”.<sup>15</sup>

2) Las *carencias en la aplicación de la ley*, pueden derivarse del primer punto, es decir, por la falta de claridad y transparencia con las que fueron elaboradas las leyes tributarias se produce por una parte, el detrimento en la confianza del contribuyente hacia la administración tributaria, y por otra parte el sistema tributario perderá su nivel de justicia e igualdad, por la forma en que estas leyes crearon preferencias a favor de determinados grupos de la población.

## 1.2 LA MORAL Y EL MUNDO JURÍDICO

---

<sup>14</sup> En un estudio realizado por Richard Bird y Oliver Oldman sobre la imposición fiscal en los países en vías de desarrollo –y de manera particular en la parte referente al impuesto a la renta- manifiestan que las condiciones políticas para la conversión de los impuestos sobre la renta en una importante fuente de ingresos, así como el espíritu de cumplimiento voluntario, son intangibles y difíciles de explicar. Parece que el ambiente más favorable para una imposición progresiva es el de la libre democracia política. En muchos países subdesarrollados, los grupos de la riqueza tienen suficiente fuerza política para bloquear, las medidas impositivas que consideren como una amenaza para su posición. Hasta que la voluntad popular sea más fuerte o más unida, o hasta que los ricos estén preparados a aceptar el principio de la capacidad de pagar –ya sea por altruismo o por un sentimiento de culpa o de temor- no podrán cobrarse impuestos fuertemente progresivos. Richard Bird y Oliver Oldman, *La imposición fiscal en los países en desarrollo*, Primera Edición en español, México, Uteha, 1968, p. 134.

<sup>15</sup> Samuli Hurri, “Las categorías de público y privado en el Derecho y la Moral”, en Pablo Navarro y María Cristina Redondo (Compiladores), *La Relevancia del Derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002, p. 357.



### 1.2.1 *Función del Derecho y su relación con la moral:*

Determinar el vínculo entre moral y Derecho es un objetivo que no ha sido categóricamente dilucidado; pues por una parte se encuentran los “*iusnaturalistas*” que aprueban la relación entre moral y Derecho; mientras que los positivistas<sup>16</sup> la niegan.

Tomando en consideración que el Derecho es una ciencia social, sus objetivos van enfocados a mantener una coexistencia humana de forma pacífica; la protección de los derechos fundamentales del ser humano, la solución de controversias o conflictos que se generan entre los agentes que forman parte del tejido social -evitando así un quebrantamiento de esta estructura-...en fin a esta ciencia se le ha encargado la realización de la *justicia*, de camino a lograr el *bienestar*.

Si entre las “funciones” del Derecho se encuentra la regulación de las relaciones sociales, -tomando como protagonista de ello al ser humano- no cabe duda a mi modo de ver que la base que sustenta este fin tiene una connotación moral, -no quiero con ello tratar de alinear criterios disímiles que manifiestan una total separación entre derecho y moral- precisamente porque valores como la libertad, la justicia, la paz, la igualdad vienen circunscritos dentro de la moral. Además el Derecho no se cumple por la simple coacción de que está provisto, sino también por las sanciones morales que la sociedad apremia, es decir, su deber moral de obedecerlo; se reconoce así la dimensión moral del Derecho.

---

<sup>16</sup> “Ello nos lleva a una línea de razonamiento que puede ser atribuida al jurista Hans Kelsen. Los factores sociales determinan las leyes que deben existir y lo que exigen o permiten. Es una cuestión de hechos objetivos. Pero los juicios morales no están basados en hechos; simplemente expresan nuestras actitudes. De modo que es imposible que el derecho esté en función de la moral. Reconocer la existencia de una ley e interpretarla debe ser un acto por completo independiente de las condiciones morales. Esta línea de razonamiento explica por qué algunos han aceptado la separación entre derecho y moral basándose en una concepción social del primero. Pero este razonamiento va demasiado lejos. Si los juicios morales fueran del todo subjetivos, como Kelsen parece afirmar, carecerá de sentido decir, como Austin, que la ley tiene “mérito” o “demérito”. Uno podría juzgar la ley para sí mismo, pero no habría patrones con los cuales poderla juzgar con equidad. Y la idea de que la ley es moralmente falible sería, como mínimo, un concepto engañoso”. David Lyons, *Ética y Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1984, p. 73.

En esta línea Ramos señala que “... que la relación entre el Derecho y la moral es sumamente estrecha. Su recíproco intercambio funcional es tan absolutamente imprescindible que no puede dudarse del carácter necesario, y no sólo contingente como sostiene el positivismo jurídico, de dicha relación”.<sup>17</sup>

No obstante este mismo autor “minimiza” la gestión del Derecho al manifestar que:

[...] la intervención del Derecho debería reducirse a los supuestos en que...el daño con que se vea amenazada la armonía de la vida social sea palpable y grave. En los restantes casos, puede confiarse plenamente en la fuerza de las sanciones morales y sociales, que van desde la simple mala conciencia hasta el desprestigio y la marginación social, y que normalmente son tanto más temibles y eficaces que las propias sanciones jurídicas. El Derecho bien podría en tales supuestos mirar discretamente hacia otro lado<sup>18</sup>.

El que exista una relación entre la moral y el Derecho, no significa que la moral extralimite el campo de acción del Derecho o viceversa, en mi opinión prevalece una íntima relación entre ambas, o por decirlo de otra manera existe entre el Derecho y la moral una relación de complementariedad.

Sin embargo autores como Fichte expresan que, “...el Derecho puede estar en contraposición a la Moral sin perder por ello su carácter jurídico en lo más mínimo”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> José Antonio Ramos, “Función del Derecho y moralidad”, en Enrique Bonete Perales, *La Política desde la Ética, Problemas morales de las democracias*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1998, p.71. En este sentido, el mismo autor se plantea la siguiente interrogante: “¿Cuáles son, en definitiva, las aportaciones que hace el Derecho a la moral en el intercambio funcional que media entre ambos, en cuanto subsistemas del sistema social? El Derecho hace posible la moralidad, al asegurar la libertad externa. Asimismo, refuerza, respalda o ratifica las exigencias morales garantizando, al menos en gran medida, su realización, eficacia o cumplimiento generalizado. Por supuesto que no respalda todas las exigencias morales, sino sólo aquellas que tengan relevancia de cara al mantenimiento de la convivencia humana pacífica, que constituye, como ya sabemos, la función última del Derecho. Adicionalmente, y entre otras cosas, el Derecho desempeña con su respaldo una función de pedagogía moral. Al imponer vigorosamente al menos un *mínimum* ético, remodela la conciencia moral de los ciudadanos e inculca en ellos hábitos de recto obrar. Y, como se sabe, sin el hábito difícilmente florece la virtud”. José Antonio Ramos, “Función del Derecho y moralidad”, en Enrique Bonete Perales, *La Política desde la Ética, Problemas morales de las democracias*, p.71.

<sup>18</sup> José Antonio Ramos, “Función del Derecho y moralidad”, p.75.

<sup>19</sup> Arthur Kaufmann, *Derecho, Moral e Historicidad*, p. 48.

Esta situación puede darse en determinado momento, pues no se discute que el Derecho no pierda su condición jurídica cuando se encuentre en oposición a la moral, lo que aquí se trata de evidenciar es la relación recíproca entre moral y Derecho, considerando que la función de este está orientada hacia el bienestar colectivo, situación que lleva de por medio una característica de moralidad.

Queda planteada entonces la función que cumple el Derecho y su vinculación con la moral. De manera más amplia, Oruneso sostiene que “constituye un hecho notorio el que los principios morales son utilizados en los razonamientos judiciales y en la práctica jurídica en general. A menudo pueden hallarse en los textos constitucionales referencias a consideraciones morales y políticas, que suelen dificultar la determinación del contenido del derecho y su aplicación a un caso individual.”<sup>20</sup>

Al respecto, Carlos y Gabriel Villarroel, citando al jurista norteamericano Edgar Bodenheimer, acertadamente señalan:

[...] sería erróneo pensar que en una sociedad donde imperara el Derecho, la moral no tendría lugar, salvo como regla de la conciencia individual, porque ella establece una jerarquía de los valores que deben presidir en una sociedad. De este modo, el Derecho refleja siempre los valores morales predominantes...La separación del Derecho y la moral, así como toda separación de poderes, contribuye a la libertad política. El Derecho pierde si las normas morales pueden ser impuestas por la fuerza<sup>21</sup>, pues ellas tienen otras formas de coacción, como la desaprobación social.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Claudina Orunesu, Pablo Perot, Jorge Rodríguez, “Derecho, Moral y Positivismo”, en *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, p. 59.

<sup>21</sup> Como complemento a esta apreciación, Ramos expresa que “al fundamentar, en último término, la obligación de cumplir el Derecho, la moral legitima o justifica el sistema jurídico aportándole un elemento que le resulta de vital importancia: estabilidad. Ciertamente, ningún orden jurídico podría sobrevivir durante mucho tiempo si sus normas fueran cumplidas, no por convicción, no por su aceptación como modelos de conducta vinculantes, sino únicamente por miedo a sanciones...También la moral, al fundamentar el deber de cumplir el Derecho lo legitima y le proporciona la necesaria estabilidad que hace posible su mantenimiento; es decir, que hace al sistema jurídico viable”. José Antonio Ramos, *Función del Derecho y moralidad*, p.69.

<sup>22</sup> Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos, *La obligación natural como elementos moralizador de la relación jurídica en el Código Civil Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 23 y ss.

Bajo estos argumentos, cabe analizar que las normas jurídicas imperantes revelan en cierto sentido las “leyes morales” que una sociedad determinada desea instaurar; de manera que se guarde congruencia entre los valores morales que la sociedad aspira mantener y la “ayuda” que el Derecho presta para este objetivo; es decir, lo deseable es que las normas jurídicas tomen en consideración pautas morales acorde a las creencias y valores culturales de cada pueblo de manera que se pueda lograr de forma más sencilla un acatamiento de la norma y con ello favorecer una mejor convivencia social. Pueden existir sin embargo normas de Derecho que no tengan plena coincidencia con la moral o viceversa. No obstante el Derecho por tratarse de una ciencia que busca orientar la conducta humana y actuar como regla de control social, sostiene un trasfondo moral.

En este sentido, “...si la ley corresponde a un concepto moral que la sociedad tiene, su cumplimiento estará asegurado. El respeto a la norma descansará, entonces, en la ejecución voluntaria. Si, por el contrario, la ley desafía el ideal moral de la sociedad, sólo será imperfectamente obedecida hasta que sea derogada o bien logre cambiar los principios morales”<sup>23</sup>; de esta manera, en la creación de normas jurídicas, se hace necesario tomar en consideración por parte del legislador, la cultura predominante de los ciudadanos, de tal forma que el cumplimiento de la norma, surja de manera espontánea.

Ratificando esta idea, Ramos manifiesta que:

[...] del mismo modo que la moral respalda o ratifica las exigencias del Derecho fundamentando el deber de obedecer las normas jurídicas, el Derecho respalda las exigencias morales<sup>24</sup>, incorporándolas de diversas formas en las propias normas jurídicas...En otras palabras, el Derecho tiene que coincidir necesariamente con la moral

---

<sup>23</sup> Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos, *La obligación natural como elementos moralizador de la relación jurídica en el Código Civil Chileno*, p. 33.

<sup>24</sup> De acuerdo con Orunesu, “...los argumentos morales son empleados en el razonamiento jurídico: 1) como pautas discrecionales; 2) como pautas vinculantes que no son parte del derecho; 3) como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de la posesión de una fuente social; y 4) como *pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de su valor moral*.”<sup>24</sup> (el énfasis me corresponde) Claudina Orunesu, Pablo Perot, Jorge Rodríguez, “Derecho, Moral y Positivismo”, p. 65.

en amplios sectores de su regulación si es que quiere garantizar el mantenimiento de las condiciones que hacen posible la vida humana en sociedad.<sup>25</sup>

No obstante, Kaufmann, ha intentado establecer una oposición entre Moral y Derecho a través de la “...heterogeneidad del sujeto de sus objetos -y manifiesta que- el Derecho tendría por objeto las relaciones entre los hombres, la Moral en cambio, al Hombre como ente individual...el Derecho sería bilateral, la Moral por el contrario, estrictamente unilateral...en el Derecho se valora lo interno desde el exterior, en la Moral lo externo desde el interior.”<sup>26</sup>

Así también, el positivismo excluyente establece que “por razones conceptuales la validez jurídica de una norma no puede depender de consideraciones morales -no así, el positivismo incluyente<sup>27</sup> afirma que- en ciertos sistemas jurídicos la validez de una norma pueda depender de su valor moral, y ello en función de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema”.<sup>28</sup>

De acuerdo a Ronald Dworkin, al Derecho lo integran no solo normas sino también principios -de orden moral<sup>29</sup>- que regulan la aplicación de aquellas, de manera que estos principios respaldan la interpretación normativa.

---

<sup>25</sup> José Antonio Ramos, “Función del Derecho y moralidad”, pp. 69-70.

<sup>26</sup> Arthur Kaufmann, *Derecho, Moral e Historicidad*, pp. 51,52,71. En este mismo sentido Nicola Abbagnano manifiesta que “se distinguen claramente la esfera de la moralidad y la esfera del Derecho, y se oponen una a otra, ya que la primera es la esfera privada de la interioridad...y la segunda es la esfera de la exterioridad y de las obligaciones hacia los otros. Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, p.305.

<sup>27</sup> “El positivismo incluyente, apoyaría su afirmación de que la validez jurídica de una norma *puede* depender de su valor sustantivo en una utilización ambigua del término “validez”, que significaría indistintamente pertenencia y aplicabilidad -para- el positivismo excluyente, si un juez tiene el deber de aplicar una norma moral, porque existe una norma jurídica que remite a ella, esa norma sería válida en el sentido de aplicable, pero inválida en el sentido de ser parte del sistema jurídico”. Claudina Orunesu, Pablo Perot, Jorge Rodríguez, “Derecho, Moral y Positivismo”, p. 84.

<sup>28</sup> Claudina Orunesu, Pablo Perot, Jorge Rodríguez, “Derecho, Moral y Positivismo”, p. 72.

<sup>29</sup> Al respecto Carlos y Gabriel Villarroel sostienen que no se trata de “propugnar un estado tal que el juez falle contra la norma jurídica por consideraciones éticas. Lo único que afirmamos es que, si se quiere hacer

Resulta incuestionable, que la amenaza de confusión que puede acarrear la relación entre moral y Derecho, puede traer inconvenientes, sin embargo como se mencionó en líneas anteriores, se plantea aquí la *esencia moral que tiene el Derecho*, y la materialización de éste a través de normas que reflejan la cultura del grupo social a la cual se dirige.

Me gustaría terminar este subtítulo poniendo a consideración, el pensamiento de Carré de Malberg y que de manera categórica justifica la relación entre moral y Derecho:

Siempre llega un momento en que el derecho es incapaz de asegurar por sí solo el bien de la comunidad y de sus miembros y en que la legislación positiva, al sentir que se acaba su poder, para conseguir sus fines tiene que recurrir a las leyes del orden moral y a la cultural moral de los ciudadanos. La influencia del derecho, comparada con la de la moral, es, en definitiva, modesta. Estas verdades han sido repetidas tantas veces que parece pueril recordarlas. Sin embargo, hay que repetirlas, puesto que todavía hoy subsisten tantas dudas respecto a la distinción precisa que debe establecerse entre la regla de derecho y la regla de moral. La frase que ya se ha hecho proverbial, *Quid leges sine moribus?* implica, sin embargo, en forma indudable, no sólo que el derecho es ineficaz si no lo secunda la moral, sino también que ambas clases de reglas son de naturaleza muy diferente. El derecho consiste en prescripciones susceptibles de ser ejecutadas por medios coercitivos; esto significa a la vez su superioridad y su debilidad, pues si su sanción coercitiva le dota de una fuerza particular, por el mismo motivo sólo es capaz de regir las acciones externas de los individuos. La moral se impone en el fuero interno y domina hasta los móviles de los actos humanos. Por eso, el derecho casi no puede actuar más que en la superficie; sólo asegura el orden formal y externo. Su concurso es ciertamente indispensable para la realización de muchos de los fines sociales, pero por sí solo no basta a asegurar esta realización plena y entera.<sup>30</sup>

### 1.2.2 Moral y Derecho Tributario:

Para Samuli Hurri, el Derecho Público -del cual forma parte el Derecho Tributario- se entiende:

---

penetrar en el Derecho la influencia de la moral, es indispensable que los preceptos de la ley sean lo suficientemente amplios como para permitir que, sin apartarse del texto, el juez pueda frente a un caso concreto sometido a su conocimiento, aplicar la solución más justa”. Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos, *La obligación natural como elementos moralizador de la relación jurídica en el Código Civil Chileno*, p. 41.

<sup>30</sup> Carré de Malberg R, *Teoría General del Estado*, México D.F, Facultad de Derecho UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 1282

[...] en términos de normas que conciernen a algo común a todos los hombres y mujeres...Un ser humano como ciudadano es una auténtica fuente de juicios morales, lo que consideramos la piedra angular de la democracia constitucional occidental. Por lo tanto, el derecho público, posee estrechas conexiones con la filosofía del derecho como teoría de la justificación, así como con la ciencia política y la filosofía moral.<sup>31</sup>

Según Gaetano Liccardo:

La expresión “derecho tributario<sup>32</sup>” se identifica con un complejo sistema de normas delimitadas por márgenes estatutarias sometidas a normas constitucionales que afectan a la imposición tributaria, es decir, a la sujeción y establecimiento de tributos, a la recaudación y a ejecución de ingresos coactivos calificados como tributos, que evidencian su consideración científica, así como de aquellos institutos típicos que justifican su enseñanza separada y especializada.<sup>33</sup>

Desde el punto de vista del tributarista uruguayo Ramón Valdés Costa el derecho tributario “es el conjunto de normas que regulan los derechos y obligaciones entre el Estado, en su calidad de acreedor de los tributos, y las personas a quienes la ley responsabiliza de su pago.”<sup>34</sup>

De acuerdo con Giannini, “el Derecho Tributario es...aquella rama del Derecho Administrativo que expone las normas y los principios relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos y que analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos”<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Samuli Hurri, “Las categorías de público y privado en el Derecho y la Moral”, pp. 321- 322

<sup>32</sup> Héctor Villegas define que “el derecho tributario, en sentido lato, es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a los tributos, regulándolos en sus distintos aspectos.” Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3era. Edición, 1984, p. 136. Según Rafael Calvo Ortega “el derecho tributario es una de las partes en que científicamente se divide el derecho financiero...es un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la obtención de ingresos por parte de los entes públicos por medio del tributo. Rafael Calvo Ortega, *Curso de Derecho Financiero, Derecho tributario*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 65

<sup>33</sup> Gaetano Liccardo, “Introducción al estudio del Derecho Tributario”, en Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p.3.

<sup>34</sup> Ramón Valdés Costa, *Instituciones de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p. 1.

<sup>35</sup> A.D Giannini, *Instituciones de Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957, p.7.

En la relación jurídico-tributaria, el sujeto activo –en este caso el Estado- se convierte en titular de un derecho de crédito frente al contribuyente; el mismo que debe satisfacer en concepto de impuestos la cantidad que de acuerdo a su capacidad, el ciudadano esté obligado a entregar al Estado, sin embargo, esta obligación se convierte a su vez en una obligación moral, por la necesidad del Estado de hacer uso de esos recursos para mantener en “movimiento” la estructura social de la cual el contribuyente forma parte.

En este sentido, las defraudaciones al fisco o la evasión fiscal, -asimilando estos actos como actos inmorales- son reprimidas a través de las leyes penales que forman parte de la normativa tributaria ecuatoriana. “Así, una amplia zona del Derecho tributario se relaciona con el Derecho *penal*, -materia- que tiene por objeto las sanciones, de carácter penal, establecidas en las leyes para las más graves transgresiones de las normas tributarias...”<sup>36</sup>

Categorica encuentro la apreciación de César Galarza quien plantea que “el Derecho penal tributario es a fin de cuentas parte del Derecho penal, y por tanto partícipe de las finalidades represivas del mismo, sin embargo no debemos olvidar que *el bien jurídico protegido en los delitos fiscales no se dirige en sí a proteger a la sociedad de las conductas criminales, sino a la correcta recaudación tributaria del Estado.*”<sup>37</sup> (lo resaltado me corresponde).

---

<sup>36</sup> A.D. Giannini, *Instituciones de Derecho Tributario*, p. 13.

<sup>37</sup> César Galarza, “La Tributación de los Actos Ilícitos”, en Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008, 271.



Las sanciones dispuestas en la legislación tributaria ecuatoriana<sup>38</sup>, pueden ser impuestas al contribuyente cuando existe de por medio un ilícito tributario. No obstante el legislador y la Administración Tributaria puede desviar su conducta hacia determinadas acciones que pueden provocar quebrantamientos legales y morales que terminan afectando al ciudadano y a la imagen que proyecta la Administración: “son cuatro las fuentes que pueden teñir de injusticia una ley o un sistema tributario: por defecto en la causa eficiente o autor de la ley; en la causa final o fin para el que se exige el impuesto y destino de lo recaudado en la vertiente de gastos; en la causa material u objeto gravado, y en la causa final o atención a la proporcionalidad.”<sup>39</sup>

En cuanto a la primera, es indiscutible la trascendencia que tiene el *principio de legalidad* en materia tributaria. Considero válida la afirmación de innumerables tratadistas, que asocian el principio de legalidad con la seguridad y la certeza, como elementos inherentes y primordiales en el ordenamiento fiscal, que garantizan una verdadera protección a los ciudadanos frente a sus obligaciones. Bajo esta perspectiva, José Casás citando a Fernando Sainz de Bujanda, dice: “puede sostenerse que la seguridad, en su doble manifestación -certidumbre del Derecho y eliminación de la arbitrariedad- ha de considerarse ineludiblemente en función de la legalidad y de la justicia. Esta última y la

---

<sup>38</sup> El Código Tributario del Ecuador en su artículo 314 manifiesta que “constituye infracción tributaria, toda acción u omisión que implique violación de normas tributarias sustantivas o adjetivas sancionadas con pena establecida con anterioridad a esa acción u omisión”, es evidente que a través de ciertas normas tributarias de naturaleza sancionatoria, se pretende determinar y reprimir ciertas conductas que desacatan el ordenamiento tributario, –normas que de alguna forma tienen un contenido moral- pues es claro que el agente evasor además de infringir la norma tributaria está violentando principios morales que la sociedad demanda. En este sentido el cuerpo legal en mención establece las penas aplicables a las infracciones, que según el caso pueden ser: a) multa; b) clausura del establecimiento o negocio; c) suspensión de actividades; d) decomiso; e) incautación definitiva; f) suspensión o cancelación de inscripciones en los registros públicos; g) suspensión o cancelación de patentes y autorizaciones; h) suspensión o destitución del desempeño de cargos públicos; i) prisión; y, j) reclusión menor ordinaria. Estas penas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora que corresponden desde la fecha que se causaron. –Art. 323-Código Tributario.

<sup>39</sup> [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_etica\\_fiscal.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_etica_fiscal.htm)

seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que, a su vez, necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz" <sup>40</sup>

De esta manera se hace imperiosa la necesidad de considerar, "reservadas a la ley aquellas circunstancias o elementos que identifiquen el alcance del deber de contribuir de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos, determinando las condiciones objetivas y subjetivas de su establecimiento, los elementos que cuantifican la prestación y, en su caso, las circunstancias que exoneren de la obligación."<sup>41</sup>

Así, el principio de legalidad, es el sustento jurídico de los impuestos garantizando el interés individual como el de la colectividad, protegiendo los derechos y garantías de los contribuyentes, quienes encontrarán en él seguridad jurídica y la garantía de que el gravamen no se aplicará de manera discrecional, ya que solo a través de ley se puede crear un impuesto.

Respecto del segundo punto *-causa final o fin para el que se exige el impuesto y destino de lo recaudado en la vertiente de gastos-*. Podría darse la posibilidad de que los ingresos tributarios sean destinados a la atención de objetivos que no necesariamente son de beneficio común, o que siendo de beneficio común pueden y deben ser satisfechos por particulares u otros entes de carácter particular con capacidad para ello. Así también, el excesivo gasto en obras innecesarias que demandan una desmedida inversión puede entrar dentro de esta categoría. Con ello, se deduce que una

---

<sup>40</sup> <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-ab.htm>

<sup>41</sup> María Alejandra Salas, "El papel de la jurisprudencia constitucional en el Principio de Reserva de Ley en Materia Tributaria", en Eusebio González, *Temas Actuales de Derecho Tributario*, Barcelona, J.M Bosch, 2005, p. 70.

característica de la falta de moral del estado se produce por el despilfarro de los ingresos tributarios.<sup>42</sup>

En cuanto a la *causa material u objeto gravado*, cabe aquí una reflexión acerca de la imposición directa e indirecta. Si consideramos que por un lado se considera más justa a la primera, no podríamos afirmar que la segunda sea necesariamente injusta, para ello se plantea un ejemplo que permita dar luz a este asunto: "No hay nada inherentemente malo a un impuesto indirecto, como tampoco hay nada que sea inherentemente bueno a un impuesto directo. Todo depende de la clase de impuesto directo o indirecto de que se trate. Un impuesto directo que recaiga sobre una persona con ingresos limitados no es necesariamente bueno por el hecho de que sea directo; y un impuesto indirecto sobre el lujo no es necesariamente malo porque sea indirecto".<sup>43</sup>

De esta forma será el legislador, quien considere las tarifas más adecuadas tanto de los impuestos directos como indirectos, en relación a la realidad nacional, tomando en consideración condiciones sociales, políticas y económicas. Se demuestra en este punto que la moral del Estado se pone de manifiesto, y que el objeto a gravarse deberá ser considerado valorando la realidad de una nación y no bajo argumentos de pura política.

Y finalmente la *causa final -o atención a la proporcionalidad-*, según la cual "la carga impositiva sobre la riqueza (capacidad contributiva) debe ser adecuada y razonable, o sea, que la presión que produce el tributo sobre la riqueza debe cuidar -según la naturaleza de la riqueza y características del tributo- una cierta medida que, para ser

---

<sup>42</sup> En este sentido, la Carta Política del Ecuador de 2008, reconoce como principio tributario, la transparencia, que se dirige principalmente a las Administraciones Tributarias, e "implica una rendición periódica de cuentas y no solo de lo recaudado sino de la calidad misma del gasto público, es informar a los administrados cómo y en qué están siendo utilizados los recursos públicos obtenidos por medio del pago de tributos. Si bien existen mecanismos y órganos de control, la intención es obligar a quienes gobiernan, como mandato constitucional, a informar detalladamente el destino del dinero recaudado como consecuencia de las cargas impositivas." Fabián Altamirano, "Los Principios Tributarios recogidos en la nueva Constitución Política", en *Revista Novedades Jurídicas*, Numero 31, Ediciones Legales, 2009, p. 10.

<sup>43</sup> [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_etica\\_fiscal.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_etica_fiscal.htm)

justa, no excederá lo que aconseje una buena prudencia. Presión tributaria y proporcionalidad son dos conceptos que van unidos y se armonizan.”<sup>44</sup> Respecto a este principio César Montaña Galarza señala que “la proporcionalidad es la medida aritmética del impuesto, corolario infaltable para frustrar la violación del derecho a la propiedad”.<sup>45</sup>

Los puntos analizados, confirman que la moral puede relacionarse con el Derecho Tributario -y la tributación- desde diferentes ángulos, sin embargo se podría reputar la relación del Derecho Tributario con la moral, si tomamos en cuenta que la relación jurídico-tributaria es una relación obligatoria, a diferencia de las normas morales que de manera voluntaria se “cumplen”; sin embargo, la vinculación del Derecho Tributario y la moral, va más allá de esta condición, si tomamos en cuenta -por ejemplo- que la evasión de la norma tributaria además de traer consecuencias legales también trae consigo sanciones morales.

Encuentro también que otro punto a analizar en esta relación, es el referente a la tributación de rentas ilícitas, hecho que podría considerarse que provoca un debilitamiento de la moral del Estado y -del Derecho Tributario- otorgando a esta rama del Derecho una característica de “amoralidad”. Sin querer anticipar criterios, considero que no es así, pues si hacemos un ligero análisis, el Derecho Tributario busca la aplicación del régimen tributario bajo parámetros de justicia e igualdad, además el Estado está en la facultad de hacer cumplir con sus obligaciones tributarias a los contribuyentes con independencia del origen de la renta, además los principios tributarios garantizan un trato justo a todos los

---

<sup>44</sup> Juan Carlos Luqui citado por César Montaña Galarza, en “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina”, en *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, coor. Aimée Figueroa Neri, Universidad de Guadalajara, 2004, p.24.

<sup>45</sup> César Montaña Galarza, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina”, p.24.

ciudadanos-contribuyentes, sustentando de esta manera la *moralidad* del Estado. Este análisis lo estudiaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

Veremos a continuación como los principios constitucionales tributarios que actúan como fundamentos de la tributación, acreditan la defensa de valores como la igualdad, la justicia y la legalidad, comprobando así nuevamente la afinidad existente entre el Derecho Tributario y la moral.

### 1.3 LA MORAL Y LOS PRINCIPIOS DE LA TRIBUTACIÓN

Desde el punto de vista de Juan Martín Queralt “cuando el Estado o los entes que tienen reconocidos poderes legislativos, legislan en materia tributaria, están vinculados por los principios constitucionales, al igual que lo están cuando legislan sobre cualquier otra materia. Nos encontramos así ante unos primeros *límites al ejercicio del poder tributario: los directamente derivados del texto constitucional* y referidos a la materia tributaria”.<sup>46</sup>

Es así que los principios constitucionales se disponen como preceptos rectores de la tributación, como postulados éticos y jurídicos; pues la obligación de contribuir al financiamiento estatal encuentra su límite en normas constitucionales que protegen al ciudadano de la arbitrariedad y/o excesos de parte la administración.

En la Constitución Política del Ecuador –publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008- conforme al artículo 300, consta que: “el régimen tributario se

---

<sup>46</sup> Juan Martín Queralt, *La Potestad Tributaria*, en Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 149.

regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria...”<sup>47</sup>

Por su parte, la Carta Política de 1998 en el artículo 256, establecía que: “el régimen tributario se regulará por los principios básicos de igualdad, proporcionalidad y generalidad...”

Es evidente el avance que en cuanto a los principios de la tributación se realiza en la Constitución ecuatoriana de 2008, se asegura de este modo la importancia que estos preceptos tienen dentro de norma la fundamental del Estado. Con esta innovación el constituyente demuestra su interés por brindar seguridad al contribuyente y justicia en la actuación de la Administración Tributaria.

Podríamos establecer un vínculo entre cada uno de estos preceptos y la moral, mas por razones de índole práctica y por considerar que los principios de Legalidad, Generalidad, Igualdad, Capacidad Contributiva, nos podrían dar una visión más amplia de la relación que presentan estos principios con la moral, se realizará a continuación un análisis de estos principios.

---

<sup>47</sup> A continuación una breve descripción de los nuevos principios constitucionales tributarios del Ecuador, establecidos en la carta política de 2008: “**Eficiencia**, las administraciones tributarias en su diaria y delicada tarea de recabar tributos, incurren en gastos –administrativos- que permiten viabilizar el ejercicio de la Facultad Recaudadora, sin embargo estos gastos no siempre reflejan el verdadero alcance de la misión, es decir, que, mientras menos recursos el Estado o las administraciones seccionales inviertan para recibir contribuciones, el beneficio resultará mayor. En términos económicos no es más que el costo-beneficio en la recaudación. **Simplicidad administrativa**, que va de la mano con el de eficiencia, la simplicidad está dada por la facilidad y accesibilidad que debe tener un régimen fiscal, mientras más sencillo sea para el contribuyente presentar sus declaraciones, la actividad recaudatoria cumplirá su cometido. **Irretroactividad**, fundamental en todo régimen fiscal y es que no cabe pensar si quiera en la idea de implantar tributos con carácter retroactivo, atentaría a la seguridad económica e iría contra todo precepto constitucional, tanto más si con ello se afectaría la economía individual de los administrados de los cuales el Estado depende para nutrir sus arcas. **Suficiencia Recaudadora**, si por una parte debe existir eficiencia en la administración y recaudación de tributos, por otra, como contrapartida es necesario que los recursos captados generen los suficientes ingresos que permitan financiar el presupuesto. De nada sirve cobrar tributos sino se justifica el destino, así como tampoco tiene utilidad recibir dineros, que poco aportan al gasto público, provocando endeudamiento externo.” Fabián Altamirano, “Los Principios Tributarios recogidos en la nueva Constitución Política”, pp. 8 y ss.

### 1.3.1 Del Principio de Legalidad y la Moral

En el Ecuador el deber de tributar, nace del poder de imposición del Estado, que otorga facultad a sus representantes en el Parlamento, para la instauración de leyes que crean estas obligaciones, situación que se deriva del principio de la “representatividad”, que garantiza que las exacciones pecuniarias son establecidas por los representantes del soberano en los Parlamentos, dando cumplimiento al conocido aforismo “*no taxation without representation*”, bajo esta idea no es posible establecer un tributo si para su consentimiento no han intervenido los posibles afectados a través de sus representantes ante los cuerpos colegiados, precisamente ante la Asamblea Nacional, en el caso ecuatoriano.

Así, “la nación tiene su intérprete genuino, un intermedio natural entre ella y el gobierno en el pueblo, quién únicamente formando una unidad, posee el derecho de delegar el ejercicio de la soberanía a los representantes por él elegidos.”<sup>48</sup> Respecto de las atribuciones del poder legislativo y específicamente a la competencia para imponer tributos, “tanto la Constitución americana como la Declaración *des droits* fueron sustentadas en la doctrina de Locke, divulgada en Francia por los volterianos, sobre la cual sin lugar a dudas los impuestos son necesarios, pero no pueden ser impuestos sin el consentimiento de la mayor parte de los sectores de la sociedad, o por aquellos que los representan o que fueron elegidos por éstos.”<sup>49</sup>

En consecuencia el artículo 132, núm. 3 de la CPE establece que se requerirá de ley para crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. -En este caso me

---

<sup>48</sup> Belisario Quevedo, *Ensayo Sociológico, político y moral*, Vol. 10, Quito, Editorial Banco Central del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 1981, p. 98.

<sup>49</sup> Víctor Uckmar, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Bogotá, Temis, 2002, p. 16.

referiré exclusivamente a los impuestos que son creados por la Asamblea, no de las tasas y contribuciones especiales que se crean a través de ordenanzas expedidas por los gobiernos seccionales.- Así, la facultad de crear impuestos es indelegable, es decir, es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, además la ley que crea el impuesto deberá consignar los elementos esenciales del mismo, asegurando de esta forma que los posibles contribuyentes no queden sometidos a la discrecionalidad del gobierno y de sus funcionarios.

Con estos antecedentes, se destaca que el principio de legalidad en materia tributaria tiene un nexo con la moral, pues nos encontramos aquí ante uno de los primeros límites de la potestad tributaria normativa del Estado; así también este precepto se convierte en base fundamental sobre la cual se sustenta la obligación de financiar las cargas públicas; puesto que en un Estado Social de Derecho, este principio, surge sin lugar a dudas de la necesidad de dotar de seguridad jurídica a sus habitantes, con el objetivo de evitar arbitrariedades por parte de quienes se encuentran frente a la Administración, es así que el Código Orgánico Tributario, dispone en el art. 4 que: “las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.”

En relación a lo dicho, Dromi manifiesta:

“...por su sustancia, el poder es una “capacidad ética”, y por su forma, una “capacidad jurídica”. El orden natural genera el orden jurídico, el cual reviste al poder de juridicidad en el actuar. El poder no es una energía arbitraria, sino una capacidad que se mueve según *cánones normativos*. Es capacidad moral imperativa y a la vez capacidad jurídica limitada o controlada por el derecho. El poder actúa por medio del derecho, imponiendo límites



subjetivos (los derechos subjetivos y las libertades públicas de los individuos) y límites objetivos (las finalidades públicas, que especifican el bien común).<sup>50</sup>

### 1.3.2 Del Principio de Generalidad y la Moral

El Principio de generalidad formula que todos los ciudadanos de una nación deben concurrir al financiamiento del gasto público, en virtud a su capacidad contributiva, es decir, que la obligación de pagar tributos recae para todos los ciudadanos, siempre que se tomen en consideración sus índices de capacidad económica. Esto denota que todos deben pagar tributos, bajo los parámetros que estipulan los preceptos constitucionales determinados en las respectivas normas supremas.

Se otorga también otro alcance a este principio, en vista que el mismo pretende eliminar ciertos privilegios e inmunidades fiscales concedidas a determinadas personas o sectores. Sin embargo, en algunas normas tributarias se fijan beneficios o preferencias por motivos y bajo argumentos de naturaleza económica, política o social; en la práctica se dan las exenciones tributarias, pero para ello los motivos de estas “ayudas” deben ser justificados de manera tal que no quebranten la generalidad de la imposición.<sup>51</sup>

En consecuencia, se resume este principio bajo dos conceptos: “1. Informará de manera general al ordenamiento impositivo exigiendo que el mismo no trate de manera

---

<sup>50</sup> Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 8.

<sup>51</sup> En lo tocante a las exenciones tributaria, Montero Traibel dice que “las normas exentivas no son siempre una excepción al principio de generalidad, sino que en determinado momento pretende ser un medio técnico para llegar al criterio de justicia (capacidad) consiguiéndose así un logro perfecto del principio de generalidad; sin embargo, en otras ocasiones, podemos apreciar que la exoneración puede ser un medio técnico para lograr una finalidad (extrafiscal) que está en contradicción con el criterio de justicia (capacidad) y sólo en este caso puede decirse que la exención es una excepción al principio de generalidad.” Pedro Montero Traibel, *La Exoneración*, en: *Derecho Tributario Moderno*, Tomo I, Volumen II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 150.

distinta situaciones idénticas. 2. Vedando el establecimiento de discriminaciones fiscales carentes de fundamento respecto a los ciudadanos.”<sup>52</sup>

Desde el punto de vista moral, no cabe duda que los principios tributarios buscan garantizar los derechos del ciudadano, y en el caso puntual el de generalidad pretende que todos colaboremos en el financiamiento del fisco, sin hacer ningún tipo de diferenciación; sería de indiscutible inmoralidad si el legislador por cuestiones de interés político privilegia a un sector de la población con beneficios fiscales desproporcionados o irrazonables, en detrimento de otros sectores que por motivos ya sean estos de naturaleza económica o social merecerían ser “amparados” con beneficios de este tipo. Vale aclarar además que la dispensa legal de la obligación tributaria no podría ser catalogada como una alteración de este principio siempre y cuando la misma se base en situaciones objetivas que den como resultado un beneficio para toda la colectividad.

El aporte de este principio al derecho tributario es básico, pues no se podría pretender que el legislador busque beneficios fiscales o privilegios para determinado grupo, situación que atentaría contra todo criterio moral, por ello las exenciones fiscales deben sustentarse a través de acto legislativo con una clara exposición de los motivos que justifiquen la decisión de dar tratamientos preferentes o de “excluir” a determinadas personas de la obligación de contribuir.

### **1.3.3 Del Principio de Igualdad y la Moral**

De forma muy precisa, Víctor Uckmar plantea que “la igualdad ante las cargas fiscales puede ser entendida en dos sentidos a) En sentido jurídico, como paridad de posiciones, excluyendo los privilegios de clase, raza y de religión, de manera que los

---

<sup>52</sup> César Montaña Galarza, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina”, p.25.

contribuyentes se encuentren en iguales circunstancias y puestos ante un mismo régimen fiscal, b) En sentido económico es la obligación de contribuir a las cargas públicas en igual medida, entendido en términos de sacrificio y en relación con la capacidad contributiva de cada uno.”<sup>53</sup>

Desde esta perspectiva, el principio de igualdad en materia tributaria, reprueba cualquier trato discriminatorio por diversa índole, prohibiendo beneficios a determinadas personas que en las mismas condiciones no se otorgaría a otras.

Desde el punto de vista moral, no cabe duda, que la igualdad es un principio que guía al derecho, y asiste a la sociedad en su lucha por alcanzar la justicia. De la igualdad se desprenden la posibilidad de que la sociedad en su conjunto se beneficie de los mismos derechos y oportunidades. En el plano tributario no podía ser de otra manera, considerando que el legislador al momento de crear nuevos tributos, tomará en cuenta las diferencias que de hecho existen en la sociedad, de forma que la contribución no dilate las desigualdades entre posibles contribuyentes; para ello, en virtud de este principio, se buscará que la imposición se ejecute para el conjunto de la sociedad bajo el amparo de otros criterios como el de capacidad económica.

Hablar por ejemplo de distintas categorías de contribuyentes no significa tratos diferentes, sino más bien buscar un trato igual a los iguales, y desigual a los desiguales. Es decir, sin dar paso a la arbitrariedad, amparados bajo el principio de igualdad se clasifica a los contribuyentes con el fin de que en la práctica se pueda dar manejo en forma justa las diferencias reales que se evidencian en ellos.

---

<sup>53</sup> Víctor Uckmar, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, p. 59.

De esta manera la no discriminación fiscal se convierte en un postulado tanto de orden jurídico como de orden moral.

Con el análisis de los principios de generalidad e igualdad<sup>54</sup>, se evidencia una proximidad existente entre estos y el de capacidad contributiva, que sin lugar a dudas forma parte primordial del Derecho Constitucional Tributario por ser un precepto que respeta la capacidad económica del ciudadano para contribuir de modo que el mismo pueda solventar primeramente sus gastos de permanencia o subsistencia y luego examina si el mismo podrá ser sujeto de obligaciones tributarias. Veamos.

#### **1.3.4 Del Principio de Capacidad Contributiva y la Moral**

Hablar del principio de capacidad contributiva, es referirnos a un precepto que acerca a un sistema tributario a su ideal de justicia. Esencialmente este principio garantiza que la exacción tributaria esté vinculada a circunstancias que manifiesten la riqueza del contribuyente, de forma que la carga tributaria no exceda el límite que el sujeto pueda aportar al fisco.

Este principio se fundamenta entonces en la capacidad económica del obligado tributario para hacer frente a prestaciones patrimoniales coactivas; así el gravamen deberá recaer sobre una riqueza objetiva, real -no ficticia- es decir cuando existe riqueza disponible. En el caso del impuesto a la renta, la obligación resultará luego de que la renta bruta ha sido depurada y se haya obtenido una renta neta.

---

<sup>54</sup> La Sala especializada de lo Fiscal de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio No. 54-94, publicado en el Registro Oficial No. 559 del 19 de abril del 2002, ratifica la importancia de estos principios tributarios cuando menciona que el Código Tributario “admite que otras ramas del derecho sean supletorias, mas esa es un superioridad condicionada al cumplimiento de los postulados de la generalidad e igualdad tributaria.”

Horacio García citado por César Montaña Galarza manifiesta que “la capacidad contributiva es la diferencia entre la renta bruta del contribuyente y la suma consistente en las erogaciones indispensables para su consumo más un adecuado porcentaje para su ahorro y subcapitalización.”<sup>55</sup>

Spisso expresa que “la capacidad contributiva viene dada por la potencia económica o la riqueza de un sujeto que supera el mínimo vital, pues no podría existir capacidad de concurrir a los gastos públicos cuando falte o se tenga sólo lo necesario para las exigencias individuales.”<sup>56</sup>

En esta misma línea, se pronuncia César Montaña, al mencionar que: “atendiendo que la capacidad contributiva es límite máximo de la exacción, esta última no debe llegar a agotar la propia capacidad de concurrir a los gastos públicos, no hará peligrar la pervivencia de la economía privada, de la elección o el ejercicio de una actividad económica o profesional.”<sup>57</sup>

Por su parte, Héctor Villegas otorga un alcance de importancia a este precepto, en el sentido que:

“a) requiere que todos los titulares de medios aptos para hacer frente al tributo contribuyan, salvo aquéllos que por no contar con un nivel económico mínimo quedan al margen de la imposición; b) el sistema tributario debe estructurarse de tal manera que quienes tengan mayor capacidad económica tengan una participación más alta en las rentas tributarias del Estado; c) no pueden seleccionarse como hechos impositivos o bases impositivas, circunstancias o situaciones que no sean abstractamente idóneas para reflejar capacidad contributiva; d) en ningún caso el tributo o conjunto de tributos que recaiga sobre un contribuyente puede exceder la razonable capacidad contributiva de las personas, ya que de lo contrario se atenta contra la propiedad confiscándola ilegalmente”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> César Montaña Galarza, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina”, p.19.

<sup>56</sup> Rodolfo Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1991, 242.

<sup>57</sup> César Montaña Galarza, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina”, p. 20.

<sup>58</sup> José Osvaldo Casás, “Principios Jurídicos de la Tributación”, en Horacio García Belsunce, *Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p.316.

En suma este principio supone que solamente determinados hechos que denoten *capacidad económica*, pueden considerarse como hechos generadores de la obligación tributaria en las leyes que sanciona el legislador.<sup>59</sup> Por ello es indiscutible que no se puede establecer una contribución pecuniaria sobre hechos subjetivos, ni ficticios<sup>60</sup>, ya que desvirtuaría la esencia del tributo.

Con lo expuesto nos acercamos a realizar una reflexión desde el punto de vista *moral*: 1) en el caso de que la exacción supere la capacidad económica del contribuyente y 2) en el supuesto que dando cumplimiento a este principio se someta a tributación rentas ilícitas.

En el primer suceso, Spisso nos presenta un claro razonamiento al respecto, si suponemos por ejemplo:

[...] un contribuyente que durante un ejercicio ha tenido que afrontar gastos extraordinarios de enfermedad no cubiertos por el servicio de asistencia médica, al cual estuviera adherido, que le insumieran no sólo la totalidad de las ganancias sino también parte de su capital. Resulta no sólo irrazonable sino carente de sustento ético un régimen impositivo deshumanizado que afirmara la existencia de capacidad económica allí donde no la hay [...]<sup>61</sup>

Tomando como referencia lo presentado, la nueva Ley de Régimen Tributario Interno del Ecuador, reformada por la Asamblea Constituyente de 2008, de manera acertada estableció que las personas naturales podrán deducirse de su Impuesto a la

---

<sup>59</sup> El voto salvado del Dr. Edmundo Navas Cisneros, conjuer permanente de la Sala especializada de lo Fiscal de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio No. 4-95, publicado en el Registro Oficial No. 23 del 23 de febrero del 2000, manifiesta que: “*el legislador, a su prudencia, determina qué índices de capacidad contributiva pueden constituir hechos generadores para el pago de tributos*. Igualmente puede establecer que determinados hechos no son objeto de tributación y por ello no constituyen hechos generadores en los términos del Art. 15 del Código Tributario.” (Artículo de acuerdo al Código vigente a la época) (Lo resaltado me pertenece).

<sup>60</sup> “Así como es inequitativo, aún más es ilegal, gravar a los particulares apoyado el caso de una ficción lisa y llana; es contra los principios de justicia no gravar una capacidad económica y contributiva que sea esencialmente similar a una que sí soporte una carga fiscal, sin una razón particular suficiente que la excluya”. Miguel Valdés Villarreal, “La Justicia en las contribuciones”, en *Principios Tributarios Constitucionales*, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1992, p. 28.

<sup>61</sup> Rodolfo Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 243.

Renta, los gastos personales por concepto de salud, educación, vivienda, vestimenta y alimentación.

De ello se deduce, que para esta reforma se consideró de alguna forma el principio de capacidad contributiva, de modo que las rentas brutas que percibe el ciudadano, sean sujetas primeramente a deducciones de gastos que son básicos y esenciales para una vital permanencia; pues no podríamos considerar *apto* para contribuir al ciudadano que posea solamente lo necesario para su subsistencia.

A mi criterio, la moral de la Administración se hace visible en asuntos de esta naturaleza, donde la preocupación por el contribuyente, se materializa en normas jurídicas que avalan una condición de vida digna, de manera que los tributos no sean instrumentos que sustraigan la riqueza mínima que un ciudadano dispone para sus requerimientos personales y familiares, sino que en base a criterios morales, económicos y jurídicos, las normas tributarias tomen en consideración verdaderos índices de capacidad económica, con el fin, que los tributos sean legítimas herramientas para el bienestar colectivo.

Pérez de Ayala y González de manera atinada señalan que “el impuesto es una transferencia de recursos a *título definitivo -y agregan que- sólo puede exigirse, en justicia*, a quienes tienen a su disposición recursos económicos a *título definitivo*, o sea, que no se deben a nadie, y de los que el contribuyente pueda disponer con total *libertad jurídica y moral* para entregarlos al Ente Público.”<sup>62</sup>

En el segundo caso, la tributación de rentas ilícitas se fundamenta entre otros en el principio de capacidad contributiva.

---

<sup>62</sup> José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, 4ta. Edición, Madrid, Editorial Edersa, 1986, p.179.

Conforme a esta apreciación, el no sometimiento a tributación de rentas provenientes de un acto ilícito, vulneraría este principio, pues al existir una capacidad económica que justifique la imposición, claramente nos encontramos ante un quebrantamiento de este precepto, así como también del principio de igualdad.

Se justificaría entonces la tributación de rentas de origen ilícito, por tres motivos fundamentales 1) en cumplimiento de la ley del tributo, de forma que al configurarse el hecho generador, nace la obligación de tributar, 2) en respeto al principio de capacidad contributiva<sup>63</sup>, 3) en observancia al principio de igualdad.

Otra razón que califico de gran valor traerla a consideración es la que aporta Galarza cuando menciona:

[...] la correcta aplicación técnica de la norma de un tributo llevará por sí misma a la no tributación, en aquellos casos en que la ilicitud sea de un grado tan elevado que el legislador ha considerado necesaria su tipificación como delito, despojándolo de todo efecto jurídico. Esto es así ya que una de las consecuencias derivadas de dicha circunstancia será la confiscación o decomiso, tanto del producto ilícito, como de los elementos utilizados para su realización. Desaparecerá en dichos supuestos la capacidad contributiva generada con la comisión del acto fijado como imponible por la norma tributaria, y consiguientemente pensemos que no debería tener lugar la tributación, al desaparecer el fundamento del hecho imponible del tributo de que se trate.<sup>64</sup>

De igual forma, César Galarza citando a Forte, asevera que:

[...] ninguna oposición de principios se puede esgrimir en contra de la imposición de las actividades contrarias a la moral pública y al Derecho, el sujeto o ente que pone en funcionamiento tal actividad está racionalmente sujeto al poder financiero del Estado en cuanto viva, trabaje en el mismo Estado, porque ésa es la causa misma de su deber de solidaridad fiscal; y en consecuencia tal sujeto debe pagar el tributo por el lucro proveniente de una actividad ilícita, que el Estado no protege sino que pune y reprueba, porque constituye una riqueza, o sea un elemento de capacidad contributiva.”<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Si “se rechaza la tributación de actos ilícitos, se estaría menoscabando...el principio de capacidad contributiva, al no respetarse así la *ratio legis* del legislador...” César Galarza, “La Tributación de los Actos Ilícitos”, en Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska, coord., *Derecho Penal Tributario*, p. 263.

<sup>64</sup> César Galarza, “La Tributación de los Actos Ilícitos”, en Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska, coord., *Derecho Penal Tributario*, p. 261.

<sup>65</sup> César Galarza, “La Tributación de los Actos Ilícitos”, en Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska, coord., *Derecho Penal Tributario*, p.266.



De lo formulado, cabe preguntar si ¿los principios de la tributación respaldan una condición de amoralidad?

Respondiendo a lo planteado considero que no. Hay que tener claro que lo que pretenden estos postulados es básicamente la búsqueda de la justicia en la tributación, pues no podrían tener un doble objetivo, que además sería contradictorio: ser un sustento de inmoralidad y demandar justicia al mismo tiempo.

Considero que en este punto de la discusión es pertinente plantear un principio que fundamenta y complementa las ideas vertidas, el mismo que a pesar de no estar incorporado en nuestra Constitución Política, demuestra notoria importancia y relación con el tema que analizamos, me refiero al *Principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa*, o del enriquecimiento injusto o ilegítimo, según lo denomina César Montaña Galarza. El mencionado autor expresa que este es “un principio del derecho privado contemplado en las legislaciones de muchos países y que ha logrado gran aceptación y vigencia debido a su relación directa con el obrar moralmente y en apego a las leyes. El hecho de no pagar las contribuciones señaladas en las cartas políticas, en los tratados internacionales, en las normas supranacionales y en las leyes pertinentes posiblemente conduzca al enriquecimiento por fuera de la ley, configurándose la defraudación, el fraude a la ley tributaria, la evasión o la elusión tributaria.”<sup>66</sup>

Si la intención de los principios tributarios es la justicia, sería lógico pensar entonces que quien demuestra una capacidad económica sea sujeto de la obligación tributaria –dando cumplimiento a normas y principios del Derecho Tributario-, si la riqueza objeto de imposición proviene de una actividad ilícita, se necesitará el auxilio de otras

---

<sup>66</sup> César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Primera reimpresión, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, 2007, p. 38.

ramas del Derecho –pues ya habíamos señalado anteriormente que *el bien jurídico protegido en los delitos fiscales no se dirige en sí a proteger a la sociedad de las conductas criminales, sino a la correcta recaudación tributaria del Estado-*, pero si el Derecho Tributario tiene como objetivo entre otros determinar los sujetos obligados a tributar y la consiguiente recaudación de recursos económicos, sería preciso que todos los ciudadanos en virtud del principio constitucional<sup>67</sup> de igualdad concurren al financiamiento del gasto público.

Para finalizar, vale mencionar que los principios constitucionales tributarios se convierten en pilar fundamental del Derecho Tributario, garantía de los ciudadanos y preceptos de sujeción para los creadores de tributos.

Hasta aquí he realizado un estudio en el que se vinculó temas jurídicos con argumentos sobre la moral, con la finalidad de buscar la relación entre ellos; de manera que posteriormente podamos tener elementos que nos permitan establecer si las rentas provenientes de fuente ilícita pueden ser sujetas a imposición. En el siguiente capítulo

---

<sup>67</sup> [...] en materia constitucional, así como en otras muchas partes de la ciencia jurídica, hay que acabar reconociendo que no es sólo el derecho –en el sentido preciso positivo de la palabra- el que dirige todas las cosas en las relaciones recíprocas de los hombres o de los pueblos. Sus posibilidades y sus medios de acción son limitados. Las prescripciones o instituciones que lo constituyen no podrían bastar a preverlo todo, a ordenarlo todo, a impedirlo todo. Estas prescripciones pueden imprimir a ciertos preceptos de orden moral o a determinados postulados de orden social el carácter y la autoridad especial de reglas de derecho, en tanto que les confieren la fuerza y virtud positivas que resultan de la estructura, de la armadura y de las sanciones, propias de las instituciones jurídicas; en cuanto a los demás hay que contar menos con el derecho mismo que con el valor intelectual y moral de los hombres que concurren a formar cada nación. Y por otra parte, con las reglas de legislación positiva, por lo que se refiere a las naciones, ocurre como con las reglas de higiene en lo que concierne a los individuos: unas y otras sólo producen útilmente su efecto mientras se aplican a un cuerpo, social o humano, debidamente sano y equilibrado. Si el derecho propiamente dicho no puede nacer y realizarse mediante la intervención y con la ayuda de la potestad pública, su eficacia depende de condiciones morales y mejorar el Estado por todos los medios de que dispone, haciendo que sea más completo y perfecto, pero a la ausencia de las cuales el hecho material de su potestad no puede suplir por sí solo. Estas conclusiones no pueden aspirar a la originalidad por triviales que puedan parecer; sin embargo, son la expresión de verdades profundas, que el jurista no debe perder de vista, a menos que quiera verse expuesto al error capital y a las decepciones de que son víctimas quienes pierden al orden jurídico y esperan de él más beneficios de los que el derecho, sus instituciones y sus reglas son capaces de procurar por su sola y propia virtud. Carré de Malberg R, *Teoría General del Estado*, pp. 1281-1282.

efectuaré un análisis de la renta en el sistema jurídico ecuatoriano, para determinar si el régimen de Impuesto a la Renta en el Ecuador somete a tributación las ganancias ilícitas.

## **CAPITULO II**

### **CONCEPTO DE RENTA EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO**

#### **2.1 TEORIAS QUE DEFINEN EL CONCEPTO DE RENTA**

No podríamos establecer una definición puntual de renta, sin esbozar conceptos de índole económica, de ahí se evidencia la conexión del derecho tributario con la ciencia de las finanzas. No obstante, llegar a un concepto definitivo de renta sería una labor complicada, puesto que una noción de este tipo puede aludir a diferentes acepciones.

Con gran acierto Dino Jarach se ha pronunciado al respecto y manifiesta:

[...] el concepto de renta o rédito a los efectos de asentar sobre él un impuesto, depende de lo que en realidad se considera como revelador de la capacidad contributiva, o sea, de lo que se quiere gravar. No existe un concepto de renta o rédito *a priori* que obligue al Estado a ceñirse a él en el momento de crear un impuesto a la renta; sólo existe un concepto normativo y éste podrá, en la esfera científica ser objeto de crítica bajo diversos ángulos, tales como su consistencia, su adecuación al principio de igualdad, su idoneidad para lograr determinados efectos redistributivos o su neutralidad, o bien su adaptabilidad a una política de estabilidad o desarrollo.<sup>68</sup>

Ello ha motivado que se propongan algunas teorías de naturaleza económico-financiera que dan a conocer diversos conceptos de renta, entre ellas: 1. la teoría de la Fuente, conocida también como teoría de la Renta-Producto; 2. la teoría de la Renta-Incremento Patrimonial; 3. la teoría de Irving Fisher; y 4. la teoría del informe Carter. Las cuales analizo a continuación:

### **2.1.1 Teoría de la Fuente**

Plantea que la renta es el producto que proviene de una fuente durable, la misma que se mantiene en el proceso de producción y que origina ingresos periódicos –por tanto no se toman en consideración las ganancias ocasionales-. César Montaña Galarza en palabras de Jaime Ross Bravo, indica que “esta fuente –refiriéndose a la fuente productora de ingresos- también debe *subsistir* al acto de producción de la riqueza nueva, debe ser durable aunque no sea permanente, además deber ser capaz de crear más de un producto o riqueza. Lo descrito no se produce cuando se enajena un bien, bajo este supuesto ocurre la denominada “ganancia de capital”, y luego desaparece la fuente que eventualmente puede generar réditos.<sup>69</sup> (lo resaltado me corresponde).

---

<sup>68</sup> Dino Jarach, *Finanza Públicas y Derecho Tributario*, Tercera Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 472.

<sup>69</sup> César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, p. 95.

Así la capacidad económica en esta teoría se verifica a través de los ingresos permanentes que obtiene el ciudadano, pues las ganancias eventuales se califican como un evento económico diferente, ya que el contribuyente no las obtiene de manera regular.

Eleonora Rodríguez citando a Clavijo Hernández expone que “el concepto de renta descrito por esta teoría es estrecho por cuanto deja por fuera las ganancias de capital obtenidas por el incremento de valor patrimonial, por la transmisión total o parcial del patrimonio o por los aumentos patrimoniales a título gratuito (*mortis causa* o *inter vivos*), al ser éstos considerados como *operaciones patrimoniales* y no como *operaciones de renta*.”<sup>70</sup>

### **2.1.2 Teoría del Incremento Patrimonial.-**

A diferencia de la primera, esta teoría pondera la capacidad contributiva del ciudadano, e incorpora a las rentas de fuente permanente, las rentas eventuales –como herencias, legados, donaciones, plusvalías, etc.-, por lo tanto la fuente productora de riqueza puede extinguirse con el proceso de producción, situación que no se evidencia en la teoría de la fuente.

Para Villegas esta teoría, considera como renta “todo aquello en que haya aumentado determinado patrimonio en un lapso, computando también aquellos bienes que hayan sido consumidos.”<sup>71</sup> Bajo este enfoque, la renta sería el resultado del incremento patrimonial neto más el consumo neto realizado en determinado período, es decir, se considera renta si el ingreso fue incorporado al patrimonio del contribuyente o si éste fue consumido; en ambas situaciones se configura la renta.

---

<sup>70</sup> Eleonora Lozano Rodríguez, *Concepción del Rédito de Enriquecimiento como hecho imponible del impuesto a la renta: una perspectiva de derecho comparado*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008, p. 5.

<sup>71</sup> Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, 8va. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p.696.

Diferenciando de manera muy precisa las dos teorías antes analizadas, el autor últimamente citado indica que “la primera teoría (renta-producto), pone especialmente de relieve el *origen* de la renta y es prevalecientemente *objetiva*, por cuanto ve en la renta el conjunto de productos o de frutos obtenidos. La segunda (renta-incremento patrimonial) tiene especialmente en cuenta el *resultado* y es prevalecientemente *subjetiva* porque lo que interesa es cuánto aumenta la riqueza del particular en el período.”<sup>72</sup>

Es pertinente comentar, que estas son las teorías que han sido estudiadas y desarrolladas de manera más amplia, sin embargo existen otras como la Teoría de Irving Fisher o la Teoría del Informe Carter, que han tratado de definir el concepto de renta.

Luego de haber hecho una revisión de las teorías más difundidas que definen el concepto de renta, pienso que sería importante comentar que las tendencias actuales han optado por la teoría del “incremento patrimonial” en lugar de la “renta producto”, pues por estrictas razones de “equidad fiscal”, los sistemas tributarios se han adherido a esta teoría. De manera muy acertada Villegas aclara que “no se puede premiar a quienes obtienen ingresos que no son el fruto del esfuerzo personal (ganancias ocasionales) y castigar impositivamente a quienes obtienen ganancias mediante su trabajo o con la combinación de capital y trabajo”.<sup>73</sup>

Ahora bien, antes de continuar considero necesario puntualizar, cuál teoría ha sido adoptada por el sistema de impuesto a la renta en nuestro país. Veamos.

---

<sup>72</sup> Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, pp.696 y 697.

<sup>73</sup> Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, p. 697.

Según la legislación tributaria nacional, la renta puede provenir de fuentes como: a) trabajo, b) capital, c) herencias, d) legados, e) donaciones, f) loterías, o g) rifas. Sin embargo, no considera parte del mismo hecho económico los ingresos provenientes de rentas permanentes -como los del trabajo o capital-, y las rentas ocasionales o eventuales –como herencias, legados, donaciones, o loterías-, en todo caso se dan tratamientos diferentes para cada evento. Todo ello amparado de manera particular en el art.2 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno -LORTI-.

Sobre la base de lo expuesto, y retomando el análisis realizado por el profesor Villegas, que expone que la “teoría (renta-producto) pone especialmente de relieve el *origen* de la renta y es prevalecientemente *objetiva*, por cuanto ve en la renta el conjunto de productos o de frutos obtenidos”, podría concluir que el Ecuador ha optado por esta tesis, ya que se califica la renta desde lo que periódicamente obtiene el contribuyente, exceptuando los beneficios obtenidos por ganancias eventuales.

## **2.2 CONCEPTO DE RENTA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Con los antecedentes expuestos en el acápite anterior, indagaré acerca del concepto de renta en nuestra legislación, para cuyo propósito se hará necesaria una revisión tanto de la normativa vigente, la doctrina, y finalmente concluiré con una reflexión personal al respecto.

Ahora bien, la definición del concepto de renta no ha encontrado un punto de común acuerdo, pues como lo analizamos anteriormente son diversas las teorías que estudian la definición de renta, sin embargo, no estaría demás fijar en términos generales

que la renta es el rendimiento o producto de una operación determinada. En todo caso, por motivos de esta investigación, mi intención, estaría preferentemente encaminada a determinar qué rentas se someten a imposición en el sistema tributario ecuatoriano, precisando las rentas que se encuentran dentro del alcance del impuesto.

De este modo “para que la renta económicamente considerada tenga incidencia tributaria, se requiere que la misma provenga de una fuente que la ley la califique como generadora de beneficios imponibles, que la explotación de esa fuente la cumpla un sujeto obligado al cumplimiento de obligaciones tributarias, y que la producción de la misma tenga caracteres temporales”.<sup>74</sup>

El Impuesto a la Renta grava la rentabilidad o la ganancia que se deriva o de una inversión o del capital respectivamente, o los réditos provenientes de un trabajo bajo relación de dependencia o no; y recae sobre personas naturales, jurídicas, y otros sujetos determinados en la norma respectiva, que manifiesten signos de riqueza y cuya renta proviene de las fuentes antes descritas. Este impuesto es considerado uno de los tributos más importantes para el país, en primer lugar por la importante asignación de ingresos que ofrece al Estado, así como también por ser considerado como un impuesto que refleja de manera más cercana la justicia, la equidad y la progresividad del sistema fiscal.

El establecimiento de un tributo como el impuesto a renta, evidencia meridiana sujeción a uno de los principales fundamentos de la tributación directa: la capacidad contributiva, precepto que marca la pauta de un sistema fiscal justo, que permitirá impulsar una mejor administración de la renta con criterio de solidaridad, y una eficiente redistribución del ingreso.

---

<sup>74</sup> Diego Almeida Guzmán, *Curso de Legislación Tributaria Corporativa. Una aproximación jurídico-práctica*, Quito, Editorial Ecuador, 2001, p. 63.



La doctrina tributaria establece algunos métodos o tipos de imposición sobre la renta, entre los cuales se destacan:

1. Impuesto Global o sintético, que grava el universo de rentas, sin hacer discriminaciones de su origen o fuente. En América del sur, países como Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, *Ecuador* y Venezuela, han adoptado este sistema aunque no de manera pura.

El profesor Julio Fernando Álvarez refiriéndose a este tipo de imposición manifiesta que:

Para algunos un procedimiento de esta naturaleza provoca resultados injustos al gravar de igual manera a las rentas de trabajo y las rentas de capital, con lo cual se pierde la progresividad propia del impuesto. El defecto en cierta forma se compensa al permitir la deducción de gastos en relación con el total de rentas obtenidas, y no sobre alguna clase de ellas. El impuesto se torna más “personal o individual” y permite aplicar tipos progresivos a todas las rentas.<sup>75</sup>

Concuerdo con la opinión citada, pues a pesar de gravar de forma equivalente las rentas de capital y trabajo, a través de deducciones se puede atenuar esta situación, tal es el caso ecuatoriano que dispone en su legislación tributaria deducciones por gastos personales de salud, vivienda, alimentación, vestimenta y educación; entre otras deducciones.

2. Impuesto Cédular o analítico, establece diferentes tipos de alícuotas de acuerdo al origen de la renta; en otras palabras, existe determinada cantidad de impuestos de

---

<sup>75</sup> Julio Fernando Álvarez Rodríguez, *Los Principios tributarios en el ámbito impositivo de las personas físicas – Una reflexión sobre la capacidad contributiva y las minoraciones estructurales*, p. 106.

acuerdo al número de fuentes de obtención de la renta. Este sistema se caracteriza por fijar alícuotas proporcionales, excepto para las rentas provenientes del trabajo que son progresivas; puntualizando que a diferencia del primero en este método no caben hacer deducciones. En Latinoamérica no se ha adoptado el impuesto analítico de manera íntegra.

3. Sistemas Mixtos, incluyen los métodos sintético y analítico; a decir de Dino Jarach “adopta un sistema de impuestos cedulares sobre las rentas de diferentes fuentes, e integra un impuesto complementario personal sobre el conjunto global de las rentas”. Países como Brasil y Perú han adoptado este sistema.

En nuestro país “la obligación jurídica de tributar sobre las rentas...tiene su origen a partir de 1925, bajo tres categorías básicas: renta proveniente del trabajo; renta proveniente del capital y renta mixta (trabajo y capital)”<sup>76</sup>, posteriormente en 1928 se dicta la Ley de Impuesto a la Renta, con sus correspondientes reformas en 1944, 1962, 1971, 1981, y las últimas realizadas en el 2008 mediante la Ley reformativa para la equidad tributaria en el Ecuador.

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno 2008 en el Art. 1 establece un *impuesto a la renta global* que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. Como lo describimos anteriormente el Ecuador ha optado por el sistema de imposición global o sintético, que implica tributar sobre la totalidad de los ingresos,

---

<sup>76</sup> Jorge Jaramillo Vega, *Derecho Financiero y Legislación Tributaria en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985, p. 137.

independientemente de su origen; estimando las deducciones y exenciones previstas en la norma; se define así la primera nota distintiva de este impuesto: 1. La globalidad de la materia económica gravada; 2. Se fija un mínimo gravado con tarifa cero, que estaría asociado a un mínimo de subsistencia, es decir, que por debajo de cierta renta el ciudadano no es sujeto de imposición, en nuestro caso, para el año 2008 es de USD 7850<sup>77</sup> de ingresos anuales. Esta característica está vinculada sin duda al principio de capacidad contributiva, condicionada a una capacidad económica que “mide” la aptitud para contribuir en el financiamiento del estado; 3. Alícuotas progresivas, “criterio según el cual la riqueza ofrece creciente capacidad contributiva cuanto más se acumula en manos de los contribuyentes. Se considera que, pagando los impuestos, los ricos renuncian a necesidades menos importantes que las que sacrificarían los pobres. Ellos tienen la posibilidad de satisfacer todas sus necesidades, y su riqueza sobra para pagar los impuestos, los cuales con sus rentas pueden sólo proveer a las necesidades más urgentes”<sup>78</sup>; y, 4. Gastos Deducibles que permiten que el ciudadano “descuente” del pago de su impuesto una serie de rubros necesarios para el cumplimiento de su actividad productora de renta.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Este monto consta en la tabla de ingresos que contiene las tarifas que se aplicarán a la base imponible para liquidar el impuesto a la renta, sin embargo los rangos de esta tabla serán actualizados conforme la variación anual del Índice de Precios al Consumidor de Área Urbana dictado por el INEC al 30 de Noviembre de cada año. El ajuste incluirá la modificación del impuesto sobre la fracción básica de cada rango. La tabla así actualizada tendrá vigencia para el año siguiente. Art. 36 LORTI.

<sup>78</sup> Benvenuto Griziotti, *Principios de Ciencias de las Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, p.233.

<sup>79</sup> El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en el art. 24 hace referencia a las deducciones que serían aplicables, y dice: “en general, son deducibles todos los costos y gastos necesarios causados en el ejercicio económico, directamente vinculados con la realización de cualquier actividad económica y que fueren efectuados con el propósito de obtener, mantener y mejorar rentas gravadas con impuesto a la renta y no exentas; y, que de acuerdo con la normativa vigente se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta.” Agrega que “la renta neta de las actividades habituales u ocasionales gravadas será determinada considerando el total de los ingresos no sujetos a impuesto único, ni exentos y las deducciones de los siguientes elementos: 1. Los costos y gastos de producción o de fabricación; 2. Las devoluciones o descuentos comerciales, concedidos bajo cualquier modalidad, que consten en la misma factura o en una nota de venta o en una nota de crédito siempre que se identifique al comprador; 3. El costo neto de las mercaderías o servicios adquiridos o utilizados; 4. Los gastos generales, entendiéndose por tales

No podemos desconocer las dificultades que implica la gestión de este impuesto, pues abre la discusión acerca de las distorsiones que el mismo podría causar en el ahorro o la inversión; o si la inflación reduciría el capital del cual provienen la rentas a ser gravadas; sin embargo, por su naturaleza es el tributo que más se acerca a los fines de la tributación: alcanzar la justicia fiscal y la obtención de recursos para el sostenimiento de las cargas de la nación.<sup>80</sup>

Descendiendo al concepto mismo de renta en nuestra legislación, el título primero de la LORTI establece las normas pertinentes a este tributo y el artículo segundo establece un concepto de renta, y señala que “para efectos de este impuesto se considera renta: 1. Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistente en dinero, especies o servicios; 2. Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de esta Ley.”

Posteriormente complementando el artículo descrito líneas arriba, el artículo 8 de este cuerpo legal dispone que, se considerarán de fuente ecuatoriana los siguientes ingresos:

---

los de administración y los de ventas; y, 5. Los gastos y costos financieros, en los términos previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno.” En los artículos subsiguientes se detallan otra serie de gastos generales que son deducibles, por ejemplo: en el art. 27 se prevé deducciones por pagos al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas; además como lo mencionamos anteriormente se han introducido una serie de deducciones por concepto de gastos personales, rubros que antes de la reforma a esta Ley no se habían dispuesto, entre ellos constan gastos en vivienda, educación, salud, alimentación y vestimenta, esto según el art. 31 de este Reglamento.

<sup>80</sup> De conformidad con lo expuesto, Dino Jarach plantea que “la renta (o el rédito) ha surgido como la base de imposición más representativa de la capacidad contributiva en los Estados modernos y también como índice de la participación del contribuyente en los beneficios que deparan los servicios públicos.” Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, p. 471. En este mismo sentido Griziotti expresa que “la función económico-social del impuesto resulta ser así la justificación (o la causa) de la tutela jurídica otorgada por la ley a la pretensión de la Administración de recaudar el impuesto. La causa jurídica de la recaudación es el interés público, o sea el interés de Estado por el gasto público en correspondencia con el interés privado vinculado a la prestación de los servicios públicos.” Benvenuto Griziotti, *Principios de Ciencias de las Finanzas Públicas*, p. 21.

1.- Los que perciban los ecuatorianos y extranjeros por actividades laborales, profesionales, comerciales, industriales, agropecuarias, mineras, de servicios y otras de carácter económico realizadas en territorio ecuatoriano, salvo los percibidos por personas naturales no residentes en el país por servicios ocasionales prestados en el Ecuador, cuando su remuneración u honorarios son pagados por sociedades extranjeras y forman parte de los ingresos percibidos por ésta, sujetos a retención en la fuente o exentos; o cuando han sido pagados en el exterior por dichas sociedades extranjeras sin cargo al gasto de sociedades constituidas, domiciliadas o con establecimiento permanente en el Ecuador. Se entenderá por servicios ocasionales cuando la permanencia en el país sea inferior a seis meses consecutivos o no en un mismo año calendario; 2.- Los que perciban los ecuatorianos y extranjeros por actividades desarrolladas en el exterior, provenientes de personas naturales, de sociedades nacionales o extranjeras, con domicilio en el Ecuador, o de entidades y organismos del sector público ecuatoriano; 3.- Las utilidades provenientes de la enajenación de bienes muebles o inmuebles ubicados en el país; 4.- Los beneficios o regalías de cualquier naturaleza, provenientes de los derechos de autor, así como de la propiedad industrial, tales como patentes, marcas, modelos industriales, nombres comerciales y la transferencia de tecnología; 5.- Las utilidades que distribuyan, paguen o acrediten sociedades constituidas o establecidas en el país; 6.- Los provenientes de las exportaciones realizadas por personas naturales o sociedades, nacionales o extranjeras, con domicilio o establecimiento permanente en el Ecuador, sea que se efectúen directamente o mediante agentes especiales, comisionistas, sucursales, filiales o representantes de cualquier naturaleza; 7.- Los intereses y demás rendimientos financieros pagados o acreditados por personas naturales, nacionales o extranjeras, residentes en el Ecuador; o por sociedades, nacionales o extranjeras, con domicilio en el Ecuador, o por entidades u organismos del sector público; 8.- Los provenientes de loterías, rifas, apuestas y similares, promovidas en el Ecuador; 9.- Los provenientes de herencias, legados, donaciones y hallazgo de bienes situados en el Ecuador; y, 10.- *Cualquier otro ingreso que perciban las sociedades y las personas naturales nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador.* (Lo resaltado me corresponde)

Bajo estas consideraciones, se desprende que los sujetos pasivos de este impuesto –personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades nacionales o extranjeras- domiciliados o no en el Ecuador, tributarán su renta siempre y cuando hayan obtenido ingresos gravados de acuerdo con lo que dispone este artículo.

Sin embargo, el numeral diez puede generar una serie de inconvenientes, pues de manera amplia menciona que para efectos de imposición a la renta, se considera de fuente ecuatoriana: *“Cualquier otro ingreso que perciban las sociedades y las personas naturales nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador.”* ¿La generalidad con la que se manifiesta este artículo, deja abierta la posibilidad para que de conformidad a lo dispuesto se sometan a tributación rentas provenientes de fuentes ilícitas?

Sin tener como intención adelantar un criterio al respecto, en una apreciación ligera se podría alegar que las rentas ilícitas no se encuentran dentro del hecho generador del Impuesto a la renta, pues su misma naturaleza no les daría la “calidad” de ser sujetas a tributación. Además si estas rentas no se encuentran dentro del presupuesto de hecho que configura el tributo, se las estaría sometiendo de manera arbitraria dentro del alcance del impuesto vulnerado así el principio de legalidad en materia tributaria. No obstante, lo que se trata aquí es de definir claramente si en realidad se tomó en consideración estas rentas dentro del hecho generador del tributo; por otro lado, la administración tributaria no cuenta dentro de sus competencias el pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del origen de las rentas, sus facultades se ciñen a la aplicación de la ley; la determinación de la obligación tributaria; la resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracción de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos; facultades que le permiten a la Administración ejecutar la política tributaria del país, las mismas que se ubican de manera precisa en el art. 67 del Código Tributario.

En este punto de discusión y antes de llegar a una conclusión del asunto que se trata, considero oportuno realizar una precisión de lo que se entiende por rentas lícitas e ilícitas, con el objeto de tener mayores argumentos que sustenten nuestra posición respecto a este planteamiento.

- *Rentas Lícitas:* si partimos haciendo un análisis del significado de estos dos términos de manera independiente, encontramos que “renta es el ingreso regular que produce un trabajo, una propiedad u otro derecho, una inversión de capital, dinero o privilegio. Utilidad, fruto, rendimiento o provecho de alguna cosa...Serra Moret, en su diccionario económico, expresa que se llama renta a lo que produce

regularmente el patrimonio de una persona.”<sup>81</sup> Por otro lado, el término lícito “dentro del criterio predominante en el Derecho positivo, es cuanto no se encuentra prohibido por la ley; todo lo autorizado o consentido, expresa o tácitamente, en virtud de ley o por el silencio de la misma. No obstante, no todo lo lícito es honesto; porque cosas permitidas por la ley están vedadas por la moral.”<sup>82</sup>

Ahora, si tomamos en consideración estos dos términos de manera conjunta, se colige que renta lícita sería la utilidad, beneficio o rendimiento generada por una fuente legítima, permitida o consentida por la ley, es decir, cuyo origen se sujete a lo justo, a lo legal, o que incluso se ajuste a la moral.

- *Rentas Ilícitas:* Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, lógicamente podríamos deducir un concepto contrapuesto para definir qué es una renta ilícita, o también, se podría suponer que rentas ilícitas son todas aquellas que no se encuentran comprendidas dentro del alcance o definición de renta lícita. Sin embargo, revisemos cómo se explica el vocablo “ilícito” para establecer la definición que se averigua.

El término ilícito, según Cabanellas se refiere a “lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Ilegal. Inmoral. Contrario a pacto obligatorio. Lo ilícito puede violar la ley positiva, la moral o la religiosa. Sólo en el primer caso surgen efectos de trascendencia para el Derecho, que puede acoger asimismo normas morales y religiosas.”<sup>83</sup> De lo expuesto se infiere entonces, que renta ilícita es el beneficio obtenido por una persona o sociedad, a través de medios o fuentes ilegales, inmorales o que se opongan a la justicia.

---

<sup>81</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, p. 134.

<sup>82</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, p. 202.

<sup>83</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, p. 337.

De acuerdo a lo esbozado, queda de manifiesto una breve conceptualización de estos términos que forman parte de la problemática aquí propuesta, no obstante en nuestra legislación no existe disposición alguna, respecto de las consecuencias de índole jurídico-impositiva que se causarían, si las rentas de origen ilícito cayeran dentro del presupuesto de hecho que configura el tributo.

Y es lógico pensar que el legislador a pesar de prever una situación de esta naturaleza, no la tipifique dentro de la normativa tributaria, pues se vería condenado “moralmente” si se diera tal situación; ya que daría a pensar que está haciendo al Estado partícipe de fondos que se originaron de fuente ilícita. Incluso la doctrina escasamente se ha pronunciado sobre el tema, pues parecería lógico pensar que el Derecho Tributario no debe ocuparse de un asunto tal, pues rompería la armonía del ordenamiento jurídico.

Además los principios de legalidad y de interdicción de arbitrariedad, pondrían un límite a esta situación, ya que el primero impediría que la administración obligue al pago de un tributo que no se encuentra contemplado en la ley; y el segundo, otorgaría al contribuyente la garantía de que el Estado no dejará a discrecionalidad de la administración tributaria la determinación y cobro de tributos.

Siguiendo con nuestro estudio, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno de modo breve, se pronuncia sobre los incrementos injustificados de patrimonio; el art. 23 de este cuerpo legal sostiene que la administración efectuará las determinaciones directa o presuntiva referidas en el Código Tributario, en los casos que fuere procedente. La administración realizará la determinación presuntiva cuando el sujeto pasivo no hubiese presentado su declaración y no mantenga contabilidad o, cuando habiendo presentado la misma no estuviese respaldada en la contabilidad o cuando por causas debidamente



demostradas que afecten sustancialmente los resultados, especialmente las que se detallan a continuación, no sea posible efectuar la determinación directa:

1. Mercaderías en existencia sin el respaldo de documentos de adquisición;
2. No haberse registrado en la contabilidad facturas de compras o de ventas;
3. Diferencias físicas en los inventarios de mercaderías que no sean satisfactoriamente justificadas;
4. Cuentas bancarias no registradas; y,
5. *Incremento injustificado de patrimonio.*<sup>84</sup> (me corresponde lo resaltado)

De lo anterior se desprende entonces, que se presume como renta neta no declarada los incrementos patrimoniales que no han sido declarados, para tal caso, la administración, realiza una determinación presuntiva<sup>85</sup> -determinación que la realiza el sujeto activo-, mediante la cual los funcionarios competentes que la apliquen están

---

<sup>84</sup> “El *incremento patrimonial no justificado* en el impuesto a las ganancias es toda manifestación de riqueza que exteriorice un aumento en el poderío económico de un sujeto, sin que tenga correlato con la información consignada en sus declaraciones juradas ante el fisco. El incremento patrimonial no justificado básicamente radica en la detección por parte del organismo recaudador de un patrimonio mayor al declarado por el contribuyente.” Borinsky Mariano, “El incremento patrimonial no justificado en el impuesto a las ganancias y su incidencia en el proceso penal”, en Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008, p. 371.

<sup>85</sup> La Administración tributaria cuenta entre sus facultades la *facultad determinadora*, la misma que según el art. 68 del Código Tributario “es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imposables, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación.” El art. 90 de este Código dispone que “en la determinación por el sujeto activo será éste quien establezca la obligación tributaria, en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora, conforme al artículo 68 de este Código, directa o presuntivamente.” Así también el art. 92 manifiesta que “tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presten mérito suficiente para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determine la ley respectiva.”

obligados a motivar su procedencia, expresando con claridad y precisión, los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten, debidamente explicados en la correspondiente acta, que para el efecto, deberá ser formulada. En todo caso, estas presunciones constituyen simples presunciones de hecho que admiten prueba en contrario, mediante los procedimientos legalmente establecidos -según lo establece el art. 23 de la LORTI-

Como mecanismo de control y de manera que se pueda verificar los incrementos injustificados de patrimonio, la Administración Tributaria del Ecuador ha establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno y su respectivo Reglamento, la Declaración Patrimonial, que según el art. 40-A de esta ley se determina que las personas naturales presentarán una declaración de su patrimonio de forma anual. En el art. 65 del Reglamento se establecen las condiciones para presentar esta declaración en los siguientes términos: “Las personas naturales, incluyendo las que no desarrollen actividad económica, cuyo total de activos supere el monto de USD. 100.000, presentarán anualmente en la forma y plazos establecidos por el Servicio de Rentas Internas mediante Resolución de carácter general, la información patrimonial de los saldos iniciales existentes al 1 de enero del ejercicio. Esta declaración, se realizará considerando tanto la información de la persona así como el porcentaje que le corresponde de la sociedad conyugal e hijos no emancipados, de ser el caso. Entiéndase por patrimonio a la diferencia entre el total de activos y el total de pasivos.”<sup>86</sup>

De lo expuesto se advierte que si una persona no ha podido justificar un incremento de patrimonio frente a los ingresos que presentó en la declaración de impuesto a la renta, deberá cumplir con el pago del impuesto, ya que la Administración

---

<sup>86</sup> En el Suplemento del Registro Oficial 497 del 30 de diciembre del 2008, se publicó la Resolución NAC-DGER2008-1510 que establece los lineamientos para cumplir con la obligación de presentar esta declaración patrimonial. La misma que fue modificada por la Resolución NAC-DGERCGC09-00089, publicada en el Registro Oficial 532 del 19 de febrero del 2009.

presumió que existe una renta que no fue declarada, por lo tanto la misma deberá incluirse en la declaración.

En este sentido, la carga de la prueba se trasladará al contribuyente cuando surja una variación de patrimonio que no esté en proporción con la renta declarada, es decir, la administración no tendrá que probar que existen justificativos de esa variación sino el contribuyente, que de no hacerlo estará obligado al pago del impuesto. Con la figura de la presunción de renta se invierte la prueba de los hechos.

Bajo estas consideraciones, podría suponerse también que los incrementos de patrimonio se pueden originar de la obtención de ganancias ilícitas, sin embargo, de acuerdo a los antecedentes expuestos en el párrafo anterior, la administración no está facultada para verificar si esos incrementos corresponden a ganancias provenientes de fuente ilícita, pues como observamos será el contribuyente quien justifique la variación patrimonial, que no de no suceder así, pagará el impuesto que corresponda; en todo caso si existieran sobradas evidencias que las ganancias se derivaron de actividades ilícitas, pienso que ya no estaríamos frente a un incremento injustificado de patrimonio, para lo cual la Administración comunicará a la autoridad pertinente para que investigue sobre el particular y se tomen las acciones penales correspondientes.

Al respecto César Galarza, de manera contundente señala:

[...] las ganancias patrimoniales no justificadas se convierten en la vía indicada para la tributación de beneficio económico proveniente de los actos ilícitos<sup>87</sup>. Sin embargo, tal posibilidad quedará circunscripta a aquellos casos en que, aún existiendo sospechas de ilicitud, debido a la inexistencia de una certeza legal sobre la misma, los actos generadores

---

<sup>87</sup> En Argentina, “las ganancias obtenidas de actividades ilícitas o inmorales se encuentran incluidas en la ley 20.628, por cuanto si bien no las comprende expresamente, surge *a contrario sensu* de la prohibición establecida en el art. 88, inc. j. Efectivamente, si la ley no permite la deducción de quebrantos provenientes de este tipo de actividades, está reconociendo la gravabilidad de las mismas. Lo expuesto implica que las actividades ilícitas también están gravadas por la ley 20.628.” Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, p. 707.

de la ganancia son desconocidos para la Administración Tributaria, y por lo tanto ésta debe presumirlos lícitos.<sup>88</sup>

Frente a estas consideraciones, se desprende una reflexión acerca de un asunto central en la configuración del tributo: el hecho imponible<sup>89</sup>, como presupuesto que origina o da nacimiento a la obligación tributaria. En este punto Galarza, explica que:

[...] el legislador puede elevar a la categoría de imponible a cualquier tipo de hecho, ya sea que éste provenga de la naturaleza o de la voluntad privada...siempre y cuando éste pueda ser considerado lícito...Hacemos referencia aquí a que el hecho no puede ser “intrínsecamente ilícito” en forma previa a su calificación como presupuesto de hecho, pero no al caso de aquellos hechos que en sí mismos son lícitos (al momento de ser receptados en la norma) que se transforman en ilícitos por su particular forma de realización.”<sup>90</sup>

Posteriormente este mismo autor de manera categórica plantea:

[...] al momento de la configuración del hecho imponible, y, por ende, del nacimiento de la obligación tributaria, sólo es relevante que efectivamente se lleve a cabo el hecho fijado como presupuesto de tributación por el legislador, sin importar en absoluto su naturaleza, o las particulares circunstancias en que éste se lleva a cabo. Por regla general si el hecho imponible se configura, nace la obligación tributaria (p.e.: si la venta se realiza efectivamente –estando ésta fijada como hecho imponible- que la misma sea de estupefaciente no obsta a su tributación). Con esto no se intenta hacer tributar a los actos ilícitos en sí, sino sólo en la medida en que éstos se encuadran en el hecho imponible.”<sup>91</sup>

Bajo este criterio, resulta claro formular el siguiente razonamiento: el legislador selecciona determinados hechos de la vida económica del ciudadano para ser considerados dentro del presupuesto de hecho del impuesto, los mismos que toman relevancia jurídica a partir de ello; mas no podría pensarse razonable o congruente con el Derecho, que señalados sucesos económicos ilícitos se inserten dentro del hecho

---

<sup>88</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 274-275

<sup>89</sup> Hensel, citado por Ferreiro Lapatza formula que “solo la realización de los hechos o acontecimientos concretos de la vida jurídica o económica, que pueden subsumirse bajo las normas que determinan los presupuestos, crean relaciones obligatorias de naturaleza impositiva, y solo entonces surge la pretensión tributaria por parte del Estado.” José Juan Ferreiro Lapatza, “Los elementos constitutivos de la obligación tributaria”, en Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo segundo, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 51.

<sup>90</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, p. 37.

<sup>91</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, p. 69.

imponible del tributo; en todo caso, lo que podría suceder es que se aparente por medio de actividades lícitas que generan renta imponible, el desarrollo de actividades de naturaleza ilícita que acrecienten el patrimonio del contribuyente, del cual se derivaría un incremento injustificado de patrimonio, situación que analizamos en líneas anteriores. También podría darse el caso de que efectivamente se obtengan ingresos que caen dentro del hecho generador y sean sometidos a imposición sobre la renta, pues la Administración Tributaria desconocía que se originaron de fuente ilícita y se les dio el trato que la legislación ordena, en este caso la Administración sometió a tributación rentas de origen ilícito. ¿Es justo que se de esta situación? ¿Esas rentas no deberían ser objeto de imposición? A continuación propongo algunos argumentos que respaldan ambas posiciones:

Abordaré primeramente fundamentos que se han utilizado para rechazar la imposición a la renta de fuente ilícita, para luego confrontarlos con mi posición:

1. A través del sometimiento de estas ganancias al impuesto, se estaría *legitimando rentas* cuyo origen es contrario a la ley, motivados por los principios constitucionales tributarios de capacidad contributiva e igualdad.
2. La complejidad del ordenamiento jurídico, producto de la pluralidad de normas y la existencia de diversas fuentes, que pueden provocar una situación de antinomia, no obsta para que determinados hechos se consideren lícitos para el Derecho Tributario e ilícitos para otras ramas del derecho, esta situación sería subsanable a través de la hermenéutica, dando como resultado la una verdadera cohesión o *unidad del Derecho*.
3. Figuras propias del Derecho Penal como la *incautación y el decomiso*, se activarían como consecuencia de ingresos obtenidos de modo ilícito, producto del

cual el contribuyente podría no presentar indicios de capacidad contributiva, elemento clave de la tributación.

4. Amparados bajo el principio de *capacidad contributiva*, el ciudadano no podría ser sujeto de imposición, pues los ingresos ilícitos productos de una determinada actividad o el patrimonio acumulado consecuencia de actos ilícitos, no son de su propiedad, de tal manera que el “potencial contribuyente” no presenta índices de riqueza que lo acrediten como sujeto de imposición.
5. El Estado sería sujeto de una *sanción moral*, si se “favorece” a través de ingresos tributarios que provienen de actividad ilícitas, que fueron a su vez recaudados por el ente técnico facultado para ello.

A continuación propongo varios argumentos que objetan los puntos planteados, y que sentarían una defensa para la tributación de las rentas ilícitas:

- a. Primeramente, estimo que no se estaría legitimando una actividad ilícita a través del cobro del impuesto, porque al verificarse el hecho generador previsto en la ley, nace un vínculo jurídico personal entre el Estado y el contribuyente, el mismo que se ve obligado a satisfacer el impuesto, como forma de extinguir esta obligación tributaria, y por otro lado, la Administración está cumpliendo con una de sus funciones, como es la recaudadora de tributos, conferida por el art. 67 del Código Tributario. Situación diferente sería si la Administración Tributaria conociendo del origen ilícito de estas ganancias no pone en conocimiento de la autoridad competente investida de atribución para conocer e investigar el particular.

- b. Considero además, que la unidad del Derecho no se vería vulnerada; porque injusto no es que se someta a tributación las rentas de fuente ilícita, injusto sería que las rentas que fueron obtenidas legalmente se sujeten a este impuesto, y se “beneficie” a quienes obtienen ganancias ilícitas con el no sometimiento al tributo, es decir, no se pierde la coherencia ni la congruencia del ordenamiento jurídico al producirse esta situación. La jurisprudencia española guarda un sinnúmero de casos donde se acepta la tributación de los actos ilícitos, en este sentido de manera acertada Galarza expresa que “son las propias normas del derecho positivo y la jurisprudencia quienes no han dudado en considerar admisible en numerosas oportunidades la incidencia tributaria sobre un acto ilícito o la ganancia en virtud de él obtenida. Y no por ello puede afirmarse que la unidad del ordenamiento jurídico se haya visto menoscabada en el más mínimo sentido.”<sup>92</sup>
- c. En cuanto al tercer punto, el Código Tributario, contempla en el art. 323, el decomiso<sup>93</sup> y la incautación<sup>94</sup> –entre otras-, como penas aplicables a las infracciones tributarias<sup>95</sup>. Este mismo artículo señala que “estas penas se

---

<sup>92</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, p. 88.

<sup>93</sup> Código Tributario, Art. (...).- “Decomiso.- El decomiso es la pérdida del dominio sobre los bienes materia del delito, en favor del acreedor tributario. Puede extenderse a los bienes y objetos utilizados para cometer la infracción, siempre que pertenezcan a su autor o cómplice o de acuerdo a la gravedad y circunstancias del caso. Cuando exista una diferencia apreciable entre el valor de los bienes u objetos materia del delito y el que corresponda a los medios u objetos que sirvieron para cometerlo, y no sea del caso decomisar dichos bienes, sea por la mentada desproporción de valores o porque no pertenezcan al infractor, se sustituirá el decomiso de dichos medios con una multa adicional de dos a cinco veces el valor de la mercadería o bienes materia del delito.”

<sup>94</sup> Código Tributario, Art. (...).- “Incautación Definitiva: La incautación definitiva es la pérdida del derecho de dominio, dispuesta por la autoridad administrativa o jurisdiccional.”

<sup>95</sup> Código Tributario, art. 314.- “Concepto de infracción tributaria.- Constituye infracción tributaria, toda acción u omisión que implique violación de normas tributarias sustantivas o adjetivas sancionadas con pena establecida con anterioridad a esa acción u omisión. El Título II de este Código estipula como infracciones tributarias : a) la defraudación, art. 342.- “Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control,

aplicarán sin perjuicio del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora que correspondan desde la fecha que se causaron. Estos tributos e intereses se cobrarán de conformidad con los procedimientos que establecen los libros anteriores”.

De manera clara y expresa la disposición manifiesta que el cobro de los tributos, incluso de los intereses de mora que se generen, se dará independientemente de sanciones como el decomiso y la incautación definitiva.

Con ello se deduce, que la norma tributaria no considera que la capacidad

---

determinación y sanción que ejerce la administración tributaria”; b) las contravenciones, art. 348.- “Son contravenciones tributarias, las acciones u omisiones de los contribuyentes, responsables o terceros o de los empleados o funcionarios públicos, que violen o no acaten las normas legales sobre administración o aplicación de tributos, u obstaculicen la verificación o fiscalización de los mismos, o impidan o retarden la tramitación de los reclamos, acciones o recursos administrativos”; y c) las faltas reglamentarias, art. 351.- “Son faltas reglamentarias en materia tributaria, la inobservancia de normas reglamentarias y disposiciones administrativas de obligatoriedad general, que establezcan los procedimientos o requisitos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y deberes formales de los sujetos pasivos.” Considero importante señalar que el art. 344 establece como casos de defraudación: 1.- Destrucción, ocultación o alteración dolosa de sellos de clausura o de incautación; 2.- Realizar actividades en un establecimiento a sabiendas de que se encuentre clausurado; 3.- Imprimir y hacer uso doloso de comprobantes de venta o de retención que no hayan sido autorizados por la Administración Tributaria; 4.- Proporcionar, a sabiendas, a la Administración Tributaria información o declaración falsa o adulterada de mercaderías, cifras, datos, circunstancias o antecedentes que influyan en la determinación de la obligación tributaria, propia o de terceros; y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias o en los informes que se suministren a la administración tributaria, de datos falsos, incompletos o desfigurados. 5.- La falsificación o alteración de permisos, guías, facturas, actas, marcas, etiquetas y cualquier otro documento de control de fabricación, consumo, transporte, importación y exportación de bienes gravados; 6.- La omisión dolosa de ingresos, la inclusión de costos, deducciones, rebajas o retenciones, inexistentes o superiores a los que procedan legalmente. 7.- La alteración dolosa, en perjuicio del acreedor tributario, de libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos; 8.- Llevar doble contabilidad deliberadamente, con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica; 9.- La destrucción dolosa total o parcial, de los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias, o de los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias; 10.- Emitir o aceptar comprobantes de venta por operaciones inexistentes o cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real; 11.- Extender a terceros el beneficio de un derecho a un subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal o beneficiarse sin derecho de los mismos; 12.- Simular uno o más actos o contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal; 13.- La falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción, de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo; y, 14.- El reconocimiento o la obtención indebida y dolosa de una devolución de tributos, intereses o multas, establecida así por acto firme o ejecutoriado de la administración tributaria o del órgano judicial competente.”



contributiva se agote con estas medidas, de esta manera el contribuyente es primeramente sujeto de imposición y luego de sanción.

Lógicamente las ganancias obtenidas por medios ilícitos no se precisan en la norma tributaria, es por ello que las mismas no pueden sujetarse a las penas impuestas por este Código previstas para los ilícitos tributarios. En todo caso, el decomiso y la incautación podrían ejecutarse si la Administración Tributaria verifica de alguna manera que la fuente que originó estas ganancias es ilícita, para lo cual notificará al órgano jurisdiccional correspondiente para que se encargue del asunto. Sin embargo, previo a ello, el incremento en el patrimonio del contribuyente, resultante de su actividad ilícita lo convierte ya en sujeto de imposición, es decir, la Administración haciendo uso de sus facultades recauda lo correspondiente en tributos y si es el caso comunicaría posteriormente al organismo competente para que se investigue el caso.

- d. En lo que respecta al cuarto punto, el contribuyente presenta efectivamente índices de riqueza, porque el producto del ilícito ingresó a su patrimonio, registrando así capacidad económica que lo vincula al proceso de imposición sobre las ganancias de esta manera adquiridas. Para corroborar este punto traigo a colación el criterio de Soler Roch citada por Galarza, quien puntualiza:

Hablar de capacidad contributiva significa hablar de riqueza con *independencia del origen*, por ello, la ilicitud no supone en todos los casos la exclusión del deber de contribuir para los sujetos que la detentan; y es en este sentido que dicho principio se convierte en un fuerte apoyo para las posiciones favorables a la tributación de actos ilícitos, puesto que, en la medida en que ésta haya generado riqueza efectiva para los sujetos que lo desarrollaron, la *prioridad del mandato constitucional de contribuir de acuerdo con la capacidad económica* determinaría, en justicia y en

lógica jurídica, la sujeción al impuesto de los ingresos generados en tales actividades.<sup>96</sup>

- e. Finalmente, la valoración moral que la sociedad realiza en torno a este tema seguramente será negativa, ya que haciendo un ligero análisis los ciudadanos supondrían que el Estado ejerciendo su *ius puniendi* reprueba y castiga actos ilegales que lesionan la paz social, pero se beneficia de ingresos fiscales provenientes de actividades ilícitas; no considero que sea así, pues el Estado lógicamente reprueba la obtención de ingresos provenientes de fuentes ilícitas, porque no se podría pensar que el Estado conduzca al individuo hacia la inmoralidad. La recaudación económica que hace el Estado a través de la Administración Tributaria es consecuencia del cumplimiento del hecho previsto en la ley que origina una obligación tributaria, manifestado por indicios de riqueza que comprueban capacidad contributiva; en otras palabras, esta prestación la exige el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, a través de la imposición del gravamen, precisando también que la obligación tributaria nace de manera exclusiva de la ley y no de la voluntad de la Administración.

Me gustaría completar lo expuesto, con otra serie de argumentos que considero significativos para esclarecer esta cuestión:

1. No corresponde a la Administración Tributaria precisar el origen de los ingresos de los contribuyentes, pues se estaría excediendo del ámbito de su competencia, sus facultades están claramente expuestas en la legislación tributaria. De acuerdo al

---

<sup>96</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, p. 95

art. 67 del Código Tributario ecuatoriano las facultades de la Administración Tributaria comprenden, la de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos. De acuerdo con esto sería incoherente pedir a la Administración Tributaria que verifique o investigue a todos los contribuyentes la fuente que generó su renta.

2. La obligación tributaria nace luego de cumplido el hecho imponible, el mismo que en último se convierte en un hecho jurídico, es decir, luego de haber sido normativizado, porque antes de ello se consideró como antecedente un determinado *hecho económico* que luego de ser previsto en la ley genera consecuencias jurídicas. Bajo esta consideración el impuesto a la renta grava los ingresos obtenidos por los ciudadanos, ingresos que se encuentran previstos en la norma; mas la Administración previo a someter a imposición estos ingresos, no toma en consideración el comportamiento del contribuyente para obtenerlos. Si se pretende aplicar adecuadamente una norma, no podemos desconocer su legítima intención, en este sentido “la norma tributaria es una norma jurídica, cuya función primordial consiste en transformar en concretas obligaciones jurídicas el deber político-social de contribuir individualmente en proporción a la cobertura del gasto público, esencial para continuar con los fines institucionales del ente impositor.”<sup>97</sup>
3. Autonomía del Derecho Tributario, a decir de César Galarza “el Derecho tributario, en honor a su autonomía calificadora y en atención a sus finalidades propias, puede disponer la aplicación de sus normas ante la producción de un hecho o acto

---

<sup>97</sup> Liccardo Gaetano, “Introducción al estudio del Derecho Tributario”, en Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, p.12.

jurídico determinado, prescindiendo incluso de la calificación previa que el mismo arrastra de otra rama jurídica que persigue finalidades distintas a la tributaria.”<sup>98</sup> No con ello se pretende inducir a pensar que el Derecho Tributario acepta la “ilicitud” – refiriéndonos al tema de la imposición de actos ilícitos-, sino que amparado bajo sus principios y sus fines actúa como rama autónoma pero lógicamente incorporada al ordenamiento jurídico.

4. Si entendemos como *bien jurídico* a todo “<<valor ideal del orden social jurídicamente protegido en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad>>”<sup>99</sup>, se desprende entonces que en materia fiscal se busca proteger una adecuada recaudación que habilite un apropiado funcionamiento económico del Estado y los recursos necesarios para cumplir con sus fines; de ahí que se convierta en una demanda social merecedora de protección: la *eficiente recaudación de tributos*.

Así, Cervini en palabras de Cesano manifiesta:

Hay que buscar el bien jurídico en el deseo de proteger un interés macroeconómico y social, consistente en la Hacienda Pública, pero no en un sentido de patrimonio del fisco, sino como sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público demandado por la atención de los cometidos básicos del Estado. Ahí precisamente radica la diferencia entre un mero interés de proteger la propiedad estatal con la consideración de Hacienda Pública bajo la faz dinámica de permitir que los gastos y la distribución de beneficios para amplios sectores de la sociedad queden asegurados con un régimen de ingresos de tributos y de aportes constantes, al cual hay que proteger contra las conductas evasoras, convertidas en delitos fiscales y contables...”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> César Galarza, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, p. 89.

<sup>99</sup> H.H Jescheck citado por Claudio Navas Rial, “Problemas dogmáticos derivados del delito tributario. El bien jurídico protegido”, en: Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008, p. 133.

<sup>100</sup> Raúl Cervini, “Principios del Derecho Penal Tributario en el estado constitucional de derecho”, en: Alejandro Altamirano y Ramiro Rubinska (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008, p. 53. Según Claudio Navas, la noción dogmática de bien jurídico,

En el presente capítulo se ha desarrollado el concepto de renta en nuestra legislación, cuyo análisis permitió confirmar la teoría de renta a la cual se adhiere la legislación tributaria ecuatoriana y el método de imposición a la renta empleado en el país, así también, se sometieron a análisis algunos argumentos que me permitieron justificar la imposición de rentas ilícitas. Bajo estas consideraciones y con los elementos desarrollados en el primer capítulo, contamos con los medios necesarios para exponer algunos casos prácticos, de manera que se pueda confirmar las ideas vertidas en esta sección.

### **CAPITULO III**

#### **IMPUESTO A LA RENTA EN EL ECUADOR Y LAS GANANCIAS ILÍCITAS**

---

por una parte, se integra con bienes y valores fundamentales de la convivencia social, y por otra, su ataque es merecedor de pena: la máxima sanción jurídica posible. Claudio Navas Rial, “Problemas dogmáticos derivados del delito tributario. El bien jurídico protegido”, p. 139.

### **3.1 LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA POR RENTA ILÍCITA, ANÁLISIS DE POSIBLES ESCENARIOS:**

A continuación analizaremos cómo los principios tributarios, conjuntamente con otras figuras jurídicas y preceptos de orden moral, actúan en un caso concreto, particularmente en el narcotráfico, el contrabando y la usura, de manera que podamos verificar si en la práctica, estos preceptos logrados por la doctrina se concretan en la realidad.

#### **3.1.1 Caso: Ganancias por Narcotráfico**

Analizar un caso como el narcotráfico, resulta sin duda polémico, por las consecuencias tanto económicas, jurídicas y sobre todo sociales, que esta actividad origina. No obstante los ingentes beneficios económicos que el narcotráfico otorga a sus dirigentes, merece un estudio del tipo que ahora realizamos, para conocer si estas ganancias deberían tributar o no.

Considero que este caso tiene dos aristas, por un lado, si se somete a tributación la renta proveniente del lavado de dinero, y por otro lado, la tributación directa del beneficio obtenido por este ilícito. Debo aclarar que el lavado de dinero no se relaciona solamente con el delito de narcotráfico sino con otros como el contrabando y la usura - delitos que analizaremos a continuación-, pero por la gran incidencia del lavado producto del narcotráfico se lo analizará en este caso.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Las estadísticas internacionales consideran que a nivel mundial se blanquean cifras que van desde el 3% al 5% del producto bruto mundial, proveniente del narcotráfico; pero es prácticamente imposible realizar una estimación certera del asunto, máxime si se le agregan los restantes delitos considerados en las legislaciones como graves. [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar)

a) En cuanto al primero, “el “lavado de dinero” es una operación por la cual el dinero ilícito procedente de delitos que revisten especial gravedad es invertido, ocultado, sustituido o transformado y luego restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándolo a cualquier tipo de negocio, como si se hubiera obtenido de forma lícita.”<sup>102</sup>

Según el art. 14 de la *Ley para reprimir el lavado de activos*, publicada en el R.O 127 del 18 de octubre del 2005, comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley; d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley; e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y, f) Ingreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves.

Considero importante manifestar que el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos no ha alcanzado un criterio general; mucho se ha discutido si el bien tutelado es la propia administración de justicia o la salud pública. Estoy de acuerdo con el criterio de Díaz-Maroto y Villajero, cuando señalan que en este asunto:

[...] habría que distinguir dos aspectos: el bien jurídico mediatamente atacado, que estaría constituido por el orden socioeconómico general, entendido...como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (sentido estricto), o bien como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (sentido amplio); el otro aspecto sería el bien jurídico inmediatamente atacado por la conducta del blanqueo, que estaría representado por el interés del Estado en controlar el flujo de capitales

---

<sup>102</sup> Iniesta Gómez, citado por, Jorge Buompadre, “Lavado de Dinero”, en Daniel Carrera, Humberto Vázquez (Directores), *Derecho Penal de los Negocios*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 269.

provenientes de actividades delictivas y capaces de influir en el sistema socio económico nacional.”<sup>103</sup>

Coincido con esta opinión, pues este delito influye en el orden económico-social; al generar impactos negativos en la economía, que pueden incluso llegar a desestabilizarla, resultado de una posible inflación; y en el orden social son claras sus consecuencias como la violencia, y la decadencia social y moral que provoca.

Vale mencionar, que son diversos los canales a través de los cuales se procede a este “blanqueo de capitales”, entre ellos, se encuentran las instituciones financieras, casas de cambio, corredores de bolsa, inversiones en negocios de elevada rotación, así como también la utilización de paraísos fiscales.<sup>104</sup>

Es así como en el Ecuador se han tomado medidas legales encaminadas a evitar que se utilicen las instituciones financieras para la “legalización de capitales”. De esta manera las instituciones del sistema financiero y de seguros de conformidad con el art. 3 de la ley para reprimir el lavado de activos, deberán cumplir -entre otras- con las siguientes obligaciones:

a) Registrar las operaciones y transacciones en efectivo cuya cuantía sea igual o superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas, así como las operaciones y transacciones múltiples en efectivo que, en conjunto, sean iguales o superiores a dicho valor, cuando sean realizadas en beneficio de una misma persona y dentro de un período de treinta (30) días. Dicho registro se realizará en los respectivos formularios aprobados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en coordinación con la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF); b) Reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera, dentro de un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas, las operaciones a las que se refiere el literal precedente. Este plazo se contará a partir de la fecha en que se

---

<sup>103</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, citado por, Jorge Buompadre, “Lavado de Dinero”, p. 273.

<sup>104</sup> “Para los narcotraficantes el problema es el volumen de dinero que manejan, puesto que casi todas las transacciones económicas que realizan son en efectivo de tal manera que deben explicar la procedencia de tan enormes sumas de dinero. Partiendo de esta situación en la que se encuentran poniéndose en situación de riesgo es que deciden contar con estructura y corte empresarial y para poder infiltrar las utilidades que obtienen al sistema financiero o en el mercado de bienes y capitales de forma transitoria o permanente, con la finalidad de proporcionarles una apariencia o camuflaje de licitud, evitando así las posibilidades de dar indicios o sospechas sobre el origen de sus bienes a los mecanismos de control de las autoridades.”  
www.caei.com.ar



verifique la mencionada operación o transacción; y, c) Reportar periódica y sistemáticamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, bajo responsabilidad personal e institucional, acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, de las que tengan conocimiento. Este deber se cumplirá dentro de los quince días posteriores al cierre del ejercicio mensual de cada entidad.

Bajo estas consideraciones si el sujeto que pretende darle apariencia de licitud a sus ganancias obtenidas de fuentes ilegales -como puede ser el narcotráfico- a través de su inserción en el sistema financiero, deberá justificar el origen de los fondos, caso contrario, si no guardan correspondencia con los patrones regulares de las actividades económicas que normalmente realiza el sujeto por investigarse y cuyo origen no pueda justificarse, se considerarán como operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, esto según lo dispuesto por el inc.2 del art. 2 de esta ley. Con estos antecedentes la UIF realizará un reporte de estas operaciones, y lo remitirá al Ministerio Público, para que a través del respectivo análisis pueda detectar un posible lavado de activos.

Tal como están las cosas, si consideramos el caso de un supuesto narcotraficante que intenta lavar sus ganancias obtenidas por este ilícito, y pretende introducir este dinero en la banca, se someterá al procedimiento señalado anteriormente, es decir, si esta persona deposita una suma superior a diez mil dólares americanos, en beneficio de una misma persona dentro de un periodo de treinta días, y del reporte que la entidad financiera emite a la UIF, se detecta que la transacción encierra irregularidades por no encontrar fundamentos válidos que justifiquen su obtención, se remitirá el expediente al Ministerio Público. Luego de transcurrido el proceso si se dictare una sentencia condenatoria por lavado de activos, los bienes decomisados con sus frutos y

rendimientos, pasarán a formar parte del patrimonio del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos.<sup>105</sup>

De esta manera, si se logra comprobar la existencia del delito; y además de la pena privativa de libertad se decomisa los bienes producto del ilícito, lógicamente esta persona, por ninguna razón será sujeto de imposición tributaria. En todo caso, antes de comprobarse la existencia del delito, el sujeto se puede considerar como un potencial contribuyente pues mostraba sobrados indicios de capacidad contributiva; es decir, contaba con los recursos suficientes para soportar una exacción pecuniaria. Tal como lo analizamos en el subtítulo anterior, si la situación económica del sujeto refleja una capacidad de pago deberá tributar su renta, pues la Administración Tributaria no tiene competencia para investigar sobre la fuente que la originó; sin perjuicio de que si por algún motivo tiene indicios de que el origen de las ganancias es ilícito, comunicará al organismo encargado para que se desarrollen las acciones pertinentes.

Igualmente tributará, si luego del proceso el sindicado fuere absuelto o sobreseído definitivamente, ya que se le restituirán los bienes incautados por el Consejo Nacional

---

<sup>105</sup> Según el art. 23 de la Ley para reprimir el lavado de activos, “...Los bienes muebles o inmuebles decomisados y en general los activos que han pasado a formar parte del patrimonio del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos, deberán ser vendidos de conformidad con esta Ley y el reglamento respectivo. Los valores provenientes de la venta, al igual que el dinero en moneda nacional o extranjera que fuere decomisado, serán depositados en la Cuenta Especial de Depósitos que el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos mantendrá en el Banco Central del Ecuador. Los valores, dinero e instrumentos monetarios recuperados por el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos, una vez depositados en el Banco Central del Ecuador, serán distribuidos por éste, de manera automática e inmediata, de la siguiente manera: a) El 30% de los beneficios que el fondo genere corresponderán, por partes iguales, al Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas - CONSEP, a la Unidad de Lavado de Activos del Ministerio Público, a la Unidad de Lavado de Activos de la Policía Nacional y a la Unidad de Inteligencia Financiera del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos; b) El 60% para la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, que será destinado al mejoramiento y construcción de la infraestructura de los centros de detención y rehabilitación social del país, con el objeto específico de hacer efectiva la clasificación de cárceles por delito, de acuerdo a lo establecido en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; c) El 5%, para la Escuela de Jueces de la Función Judicial; y, d) El 5%, para la Escuela de Fiscales del Ministerio Público.

contra el lavado de activos<sup>106</sup>, y nuevamente el sujeto, se verá en condiciones de contribuir.

Ahora, si el sujeto se propone lavar el dinero proveniente del narcotráfico, invirtiendo en un negocio, podría suceder que hábilmente burle la ley y por consiguiente las sanciones correspondientes; en este caso no habría discusión que esta persona es sujeto de imposición. Pero si intenta, por ejemplo, crear una cuenta bancaria para depositar las ganancias que le genera el negocio y la institución financiera sospecha de la licitud de los fondos, se procederá tal como se lo detalló en líneas anteriores.

b) En el segundo supuesto que nos planteamos inicialmente; si un presunto narcotraficante, que producto de esta actividad obtiene réditos -pero no ha procedido a "lavar las ganancias del ilícito"- presenta aptitud para contribuir, por consiguiente someterá sus rentas a tributación; pues primeramente evidencia una riqueza para hacerlo, y además no se ha comprobado su vinculación con el ilícito, ya que en virtud del principio de presunción de inocencia, no se lo podrá responsabilizar del delito, si éste no ha sido declarado mediante sentencia ejecutoriada. En todo caso, si la Administración Tributaria evidencia que los fondos provienen de un acto ilegal, deberá comunicar al Ministerio Público para que se realice la indagación correspondiente,<sup>107</sup> que de encontrarse

---

<sup>106</sup> Ley para reprimir el lavado de activos, art. 24.- Si el sindicado fuere sobreseído definitivamente o absuelto, los bienes de su propiedad que fueren objeto de medidas cautelares, le serán restituidos por el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos cuando lo disponga la autoridad competente, previo inventario actualizado y mediante la respectiva acta de entrega a recepción, dentro de los treinta días subsiguientes a la notificación del auto o sentencia ejecutoriados. El dinero o el valor que representen los instrumentos monetarios o documentos bancarios, financieros o comerciales sujetos a medida cautelar, se devolverá en moneda de curso legal, con los respectivos intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, calculados desde la fecha en que se dictó la medida cautelar, según la cotización del mercado libre para la compra de las divisas a la fecha de la devolución. Cuando las divisas o los instrumentos monetarios sujetos a medida cautelar no fueren negociables o canjeables en el mercado nacional, se mantendrán en custodia en el Banco Central del Ecuador. Su restitución se hará en la propia especie incautada, sin intereses. Si los bienes consistieren en inmuebles o semovientes, la devolución se hará junto con los respectivos frutos o aumentos que hubieren generado o que hubieren producido durante el tiempo que duró la incautación."

<sup>107</sup> Dentro de las pruebas que se aporten al proceso penal no podrá formar parte, la declaración de impuesto a la renta que la persona realizó, pues el principio de no incriminación le ampara al ciudadano para que no

evidencias del delito de narcotráfico será sancionado según lo dispone la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

### **3.1.2 Caso: Ganancias por Contrabando**

La generación de fuentes de empleo, la producción de divisas y la elevación de la competitividad son una evidente manifestación de la importancia del comercio internacional en la vida económica de un país. Sin embargo, esta actividad se ve amenazada por diversos factores como el contrabando, que dificultan y entorpecen el desarrollo normal de esta actividad, trayendo consigo consecuencias negativas de índole moral, social y económica para el Estado, restando además eficacia y relevancia al comercio internacional.

Examinando sobre el origen del término contrabando, Arocena citando a Carrara aclara que:

*Bando* significa una ley cualquiera, especialmente dictada por alguna ciudad o provincia, a fin de ordenar o de impedir ciertos hechos a los habitantes de ella. La palabra *contrabando*, derivada naturalmente de aquella, debería significar, en sentido general, cualquier acción contraria a un edicto especial promulgado en un país. Pero no es éste el verdadero sentido en que comúnmente se emplea la palabra contrabando. El uso ha llevado esta palabra a designar el concepto más especial de violación de las leyes *fiscales*,...pero es preciso convenir en que se emplea frecuentemente en el sentido más lato, aplicándola también al hecho del que ha contravenido las leyes aduaneras.<sup>108</sup>

En cuanto al bien jurídico protegido en este delito, "...es aquel que ejerce el servicio aduanero sobre las mercaderías que ingresan o egresan hacia o desde un

---

pueda ser sancionado en base a declaraciones propias, situación que concuerda con el art. 99 del Código Tributario, que manifiesta que "las declaraciones e informaciones de los contribuyentes, responsables o terceros, relacionadas con las obligaciones tributarias, serán utilizadas para los fines propios de la administración tributaria."

<sup>108</sup> Gustavo Arocena, "Delitos Aduaneros", en Fabián Balcarce, *Derecho Penal Económico*, Tomo 2, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2004, p.61

territorio aduanero (general o especial), y que está enderezado única y exclusivamente a posibilitar el ejercicio de las funciones de percibir los tributos específicamente aduaneros, aplicando eventualmente, los estímulos o beneficios correspondientes (devoluciones, reintegros y reembolsos), y haciendo cumplir el régimen de prohibiciones que en relación con las importaciones y exportaciones se establezcan”

De lo anterior se confirma, que existen dos bienes jurídicos tutelados en el delito de contrabando: 1) la función controladora que en el tráfico internacional de mercancías realiza el organismo aduanal de cada país; 2) el aseguramiento de una correcta recaudación tributaria que por estas transacciones se genere.

La Ley Orgánica de Aduanas del Ecuador (LOA), define en el art. 82 como delito aduanero<sup>109</sup>, al ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancías, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación.

---

<sup>109</sup> Art. 83 LOA.- “Son delitos aduaneros: a) La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él sin el control de la Administración Aduanera; b) La carga o descarga de mercancías de un medio de transporte sin control de la administración aduanera; c) El lanzamiento de mercancías de un medio de transporte, eludiendo el control aduanero; d) La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y el Distrito de destino; e) La utilización no autorizada de un lugar, puerto o vía no habilitado para el tráfico internacional de mercancías salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor; f) El abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras; g) La venta, transferencia o el uso indebido de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos de pago de impuestos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa del Gerente competente; h) La tenencia o movilización de mercancías extranjeras sin la documentación que acredite su legal importación; i) La falta de presentación del manifiesto de carga total o la tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional; j) La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento; k) La falsificación o alteración de los documentos que deben acompañarse a la declaración aduanera; l) La sustitución de mercancías para el aforo físico; m) La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte; n) La salida de mercancías de las bodegas de almacenamiento temporal o de los depósitos, sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras; o) La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieran los literales anteriores, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor; y, p) La falsa declaración sobre los valores del flete y del seguro relacionados con el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías.”

De esta disposición se evidencian las consecuencias que el contrabando propicia: la afectación o perjuicio al Estado, al impedirle que ingrese a su haber, recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines, lo que a su vez resulta en disminución de beneficios para la sociedad. Además, como lo mencionaba al inicio de este caso, el contrabando provoca impactos negativos en la economía nacional, que -entre otras causas- desincentiva el comercio, pues se produce una clara competencia desleal de quienes ingresan y venden mercadería al país por contrabando, frente a quienes importan legalmente su mercadería con pleno cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Como no podía ser de otra manera, este mismo cuerpo legal establece las medidas sancionatorias a quien cometa cualquiera de los delitos aduaneros descritos por esta legislación. Es así que el art. 84, entre otras sanciones determina: “a) prisión de dos a cinco años, y b) decomiso de las mercancías materia del delito y de los objetos utilizados para su cometimiento...”<sup>110</sup>, no obstante, tal como lo dispone este mismo artículo, son sanciones acumulativas aplicables al delito, cualquiera que sea el valor de la mercancía o la cuantía de los tributos que se evadieron o se pretendieron evadir que supere el diez por ciento, *sin perjuicio del cobro de tributos*. (Me pertenece lo resaltado).

Si mi pretensión estaría encaminada a determinar si el pago de los tributos al comercio exterior se generan a pesar de las medidas sancionatorias que impone esta ley a quienes cometen delitos aduaneros, la respuesta sería muy comprensible a través de la última disposición que señalamos, es decir, si una persona ingresa mercadería al territorio aduanero sin el control de la Administración Aduanera, o falsifica los documentos que

---

<sup>110</sup> LOA, Art. 87.-“Decomiso Judicial.- El Juez Fiscal declarará el decomiso definitivo y ordenará el remate o venta directa de las mercancías conforme a las normas de esta Ley y su Reglamento, cuando transcurridos quince días desde la fecha de citación del auto cabeza del proceso no compareciere el sindicado o propietario de las mercancías aprehendidas o no fuere identificado. En caso de llegarse a identificar a los sindicados, el juicio continuará para su juzgamiento y aplicación de las demás penas, sin perjuicio de dictarse el decomiso definitivo a que hubiere lugar.”

acompañan a su declaración -por nombrar unos ejemplos- cumplirá una pena privativa de libertad, acompañada del decomiso de los bienes materia del delito; cumpliendo además con el respectivo pago de los tributos a que hubiere lugar, es decir, el hecho de demostrarse su responsabilidad con un determinado delito aduanero, no exime de la obligación tributaria al sujeto, pues antes de verificarse o no su vinculación con el ilícito, ya se produjo una situación de evidente aptitud económica, que genera una exigencia impositiva.

Con estas observaciones y considerando que la intención de este análisis es dilucidar si las ganancias provenientes del contrabando son gravables, la solución a esta cuestión se puede derivar si tomamos en cuenta que una persona que ingrese mercadería de contrabando al país y logra insertarla en la actividad lícita comercial, producirá sin duda beneficios económicos que al ingresar al patrimonio de esta persona advertirá capacidad económica traducida en capacidad para contribuir. Esta operación se esconde sin duda tras la figura del lavado de activos, pues ésta mercadería obtenida de forma ilegal se introduce en el comercio de manera que los réditos obtenidos tengan apariencia lícita, rentas que no escaparían de ser sometidas a tributación. Ello, me permite justificar una vez más la tesis que he venido sosteniendo, es decir, que no son prominentes las condiciones ilícitas que rodean una determinada circunstancia y sus posibles consecuencias, si al verificarse el cumplimiento del hecho generador, nace un compromiso de naturaleza jurídico-impositiva entre el Estado y el ciudadano, este último en estricto cumplimiento de un deber moral y de una obligación legal deberá aportar en beneficio de la Nación.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Sobre el tema del contrabando, no podía dejar de señalar el conocido caso Al Capone, veamos un extracto del mismo: “La palabra “lavado” tiene origen en los Estados Unidos en la década del veinte, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas

### 3.1.3 Caso: Ganancias por Usura

De acuerdo con Edgardo Donna, “el término *usura* proviene del latín *usus*, vocablo que a su vez viene de *uti* y de allí su sentido: uso y útil, uso y utilidad, esto es, el precio por el *usus* del capital. De manera que en su origen, la palabra *usurae* solo significó el interés por el uso de la cosa prestada, sin carga peyorativa...”<sup>112</sup>

A decir de Cabanellas, “el término *usura* es en sentido estricto, el interés o precio que recibe el mutuante o prestamista por el uso del dinero prestado en el *contrato de mutuo o préstamo*. En significado más amplio, y casi el predominante, *usura* es sinónimo de excesivo interés de odiosa explotación del necesitado o del ignorante, de precio o

---

prohibidas en aquellos tiempos. Basta señalar el caso de “Al Capone”, “il capi di tutti de capi”, controlador de la Magia de Chicago, quien no dudo en asociarse con, Meyer Lansky, único miembro de origen judío de la Mafia, que mas tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone . Cabe recordar la masacre de San Valentín del 14 de febrero de 1929, que se produjo en terrenos de Chicago manejados por Capone, hecho por el que fue investigado y nunca penado.

El mecanismo empleado era el siguiente las ganancias provenientes de las actividades ilícitas serían presentadas dentro del negocio de lavado de textiles, la mayoría de los pagos se realizaban en efectivo, situación que se reportaba al Internal Revenue Service de los Estados Unidos de América. Las ganancias provenientes de extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución se combinaban con las de lavado de textiles. Al no poder distinguir qué dólar o centavo de dólar provenía de una actividad lícita o no, Capone logra burlar durante mucho tiempo a las autoridades norteamericanas.

A partir del año 1920, distintas agencias del gobierno de los EUA, iniciaron juicios en contra de Capone por posesión de armas, falsedad en declaraciones y otros cargos. Mientras tanto, el Departamento del Tesoro de los EUA, acumuló evidencias sobre el cargo de evasión de impuestos. El 16 de Junio de 1931, Al Capone se declaró culpable por los cargos de evasión fiscal y venta ilícita de alcohol. El 18 de Octubre de 1931, Capone fue declarado culpable después de un juicio y el 24 de noviembre fue sentenciado a once años de cárcel en una prisión federal, multado con \$50.000.00 USD, se le cobraron \$7,652 USD por gastos de la corte, además de \$215.000.00 USD mas intereses sobre impuestos que se adeudaban. Capone fue recluido en el Penal de Atlanta y en Alcatraz.” [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar)

A través del caso descrito, se confirma nuevamente la tesis que sustento, pues con la condena que la justicia de los EEUU impone a Capone por evasión fiscal, se asume que la Administración Tributaria de este país tomo en consideración que las ganancias ilícitas que obtenía Capone debían tributar, por ello es que fue condenado por el delito de evasión de impuestos, a prisión, multa y el correspondiente pago de intereses por los impuestos adeudados.

<sup>112</sup> Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo II-B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p. 632.



rédito exagerado por el dinero anticipado a otro, que debe devolverlo además de abonar tales intereses.”<sup>113</sup>

Según Hernández Quintero para algunos originariamente “...la usura significó el <<precio del uso>> por las cosas dadas en mutuo o préstamo de consumo. De esta forma, se precisa que quien cede una liquidez determinada a favor de otra persona, deber ser compensada y retribuida por quien se beneficia de ella, al punto que, como lo enseña el profesor Gustavo Cuberos Gómez, se logre que <<cuando se le restituya el capital él tenga el mismo valor de la época en que lo prestó (intereses compensatorios) y lo segundo, devengando unos frutos por dicho capital (interese remuneratorios)>>. Empero, el deseo de enriquecimiento fácil y el aprovechamiento de la necesidad ajena trajo consigo la costumbre de obtener exageradas ganancias por el préstamo del dinero, circunstancia que obligó a la tipificación de este comportamiento como delictivo.”<sup>114</sup>

Estudiosos del tema, interesados en analizar y buscar la génesis de la usura, han tomado como referencia el pensamiento de filósofos como Aristóteles, Platón o Cicerón - por nombrar algunos-, quienes de manera firme se pronunciaron en contra de esta práctica.

Así también, la sanción a la usura se expresa claramente en los libros del Antiguo Testamento como el Éxodo<sup>115</sup>, Levítico<sup>116</sup> y Deuteronomio<sup>117</sup>; bajo este contexto podemos

---

<sup>113</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, p. 285.

<sup>114</sup> Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Segunda Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 183.

<sup>115</sup> Éxodo Cap. 22 Ver. 25 Si prestas dinero a uno de mi pueblo, a los pobres que tú conoces, no serás como el usurero, no le exigirás interés.

<sup>116</sup> Levítico Cap. 25 Ver. 35, 36 y 37 Si tu hermano pasa necesidad y su mano vacila a tu lado, ayúdalo, aunque sea forastero o huésped, para que pueda vivir junto a ti. No tomarás de él interés ni usura; antes bien teme a tu Dios y has que tu hermano pueda vivir junto a ti. No le exigirá interés por el dinero y los víveres que le hayas prestado

<sup>117</sup> Deuteronomio Cap. 15 Ver. 3 y 4 Del forastero podrás exigir que te pague sus deudas; en cambio perdonarás la deuda de tu hermano pues no debe haber pobres en medio de ti mientras Yavé te dé prosperidad en la tierra que hayas conquistado.

hacernos una idea de la antigüedad de esta actividad que sin lugar a dudas fue duramente criticada y reprimida.

Posteriormente y luego de muchas controversias<sup>118</sup> acerca de consentimiento o desaprobación de esta actividad, Hernando Hernández explica:

En el siglo XVIII, se produce un sensible cambio de criterio respecto al préstamo con retribución, al punto de defenderse su licitud, argumentándose que toda limitación en la estipulación del interés constituye un ataque al principio de la libertad del hombre. Contra esta posición se levantaron quienes afirmaban que la persona que acude en procura del préstamo no obra libremente, en razón a su dificultad económica, circunstancia que implica un vicio en el consentimiento.<sup>119</sup>

La Doctrina Social de la Iglesia Católica se ha manifestado, a través de sus Encíclicas, las mismas que de manera clara exponen este asunto. Primeramente lo hace Benedicto XIV en 1745 con su Encíclica *Vix Pervenit*<sup>120</sup>, y posteriormente el *Rerum Novarum*<sup>121</sup> dado en 1891 por León XIII. Encíclicas discutidas con indudable precisión, a

---

<sup>118</sup> “Este delito es y siempre ha sido algo controvertido. La libertad de contratar y la invasión al dominio de la moral son los principales fundamentos por los que sectores doctrinarios interdisciplinarios intentan oponerse a la penalización de la conducta. A esta postura otros responden con el argumento de la falta de libertad que existe en las circunstancias de este delito, ya que hay un vicio en la libertad de decisión y, por tanto, la penalización es recomendable y justificada, quizás por necesidad.” Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 633.

<sup>119</sup> Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, pp. 185-185.

<sup>120</sup> Encíclica *Vix Pervenit*: II. “...No se puede tolerar el pecado de la usura por el argumento de que la ganancia no es grande o excesiva, sino moderada o pequeña, ni puede ser tolerada por el argumento de que el prestatario es rico, ni siquiera el argumento de que el dinero prestado no se quede inactivo, pero se gasta útil, ya sea a aumentar su fortuna, para adquirir nuevos inmuebles, o de participar en las transacciones comerciales. La ley que rige los préstamos consiste necesariamente en la igualdad de lo que se da y regresó; una vez que la igualdad se ha establecido, a quien exige más que eso viola las condiciones del préstamo. Por lo tanto, si recibe un interés, deberá hacer la restitución de acuerdo con el vínculo de la justicia conmutativa; su función en los contratos humanos es asegurar la igualdad para cada uno. Esta ley ha de ser observado en una manera santa. Si no se observa exactamente, la reparación debe hacerse...” <http://www.papalencyclicals.net>

<sup>121</sup> Encíclica *Rerum Novarum*: “(...) Hizo aumentar el mal la voraz usura, que, reiteradamente condenada por la autoridad de la Iglesia, es practicada, no obstante, por hombres codiciosos y avaros bajo una apariencia distinta. Añádase a esto que no sólo la contratación del trabajo, sino también las relaciones comerciales de toda índole, se hallan sometidas al poder de unos pocos, hasta el punto de que un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios (...) Por último, han de evitar cuidadosamente los ricos perjudicar en lo más mínimo los intereses de los proletarios ni con violencias, ni con engaños, ni con artilugios usurarios; tanto más cuanto que no están suficientemente preparados contra la injusticia y el atropello, y, por eso mismo, mientras más débil sea su economía, tanto más debe considerarse sagrada.” <http://www.vatican.va>

través de un análisis amplio y con firmeza en la condena de esta conducta. De esta forma, la usura va tomando una posición legal, al ser incorporada en el Derecho Canónico, obviamente con un tinte de moralidad y religión.

Hasta aquí, se han revisado de manera sucinta, algunas consideraciones históricas acerca de la usura; lo que se pretende hacer notar con esta descripción, es la evolución, o mejor dicho, el tratamiento que a través de los años se le ha dado a esta figura, cabe recalcar y como se pudo evidenciar, que el aspecto *moral* se imprime como elemento característico en la crítica de la usura, pues esta práctica no se ha quedado al margen de la “reprobación social”, por ser considerada un acto inmoral que se vale de la “fragilidad” del individuo para actuar y “satisfacer” una determinada necesidad, bajo condiciones de inferioridad del sujeto pasivo.

Desde el punto de vista jurídico-penal, Hernández Quintero plantea que:

[...] la usura, es el hecho de quien, aprovechándose del estado de necesidad de una persona, se hace dar o prometer de esta, en cualquier forma, para sí o para otro, en compensación de una prestación de dinero o de otra cosa mueble, intereses u otras ventajas usurarias; o también el hecho de quien le procura a una persona en estado de necesidad, una suma de dinero y otra cosa mueble, haciéndose dar o prometer, para sí mismo o para otro, por su mediación, una compensación usuraria.<sup>122</sup>

Edgardo Donna, de manera clara afirma::

En la usura propiamente dicha se castiga al que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer -como contraprestación- una ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación o una garantía extorsiva...la esencia de la usura es sin duda el aprovechamiento, por parte del autor, una situación especial de la víctima -necesidad, ligereza o inexperiencia- que explota económicamente para sus intereses.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 187.

<sup>123</sup> Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal*, pp. 635-636

El precio por el uso del dinero, o el interés que se cobra por un capital otorgado, es una cualidad básica de las finanzas, sin embargo, la obtención de este capital a tasas de interés desproporcionadas, desfigura las operaciones normales de crédito que se ejecutan de conformidad con la ley; esto provocado por el abuso de sujetos, que aprovechando una situación de necesidad o urgencia del prestatario otorgan préstamos condicionados por tasas de interés desmedidas e ilegales, situación que acrecienta el patrimonio del prestamista en desmedro del patrimonio del prestatario.

Desde esta perspectiva, el *bien jurídico protegido* en esta clase de delito es la propiedad, o de manera específica el patrimonio del prestatario, quien se ve sujeto a pagar al prestamista un interés mayor que el fijado por la ley. Como bien lo expone Hernández en palabras de Agustín Fernández

[...] la usura atenta contra el bien jurídico que requiere una especial protección, como es el orden económico social. Pues si bien en principio, de una manera incipiente, puede estar dirigido a pequeños comerciantes e industriales, su campo de acción va en aumento hasta repercutir en el orden económico, y a otros niveles. Sin perjuicio de su encuadramiento como delito contra la propiedad, se atenta también con estas conductas a la buena fe de los contratantes en el ámbito y tráfico comercial y, de forma especial en el ámbito del crédito comercial.<sup>124</sup>

Corresponde ahora, realizar una revisión de lo que nuestra legislación determina respecto a la usura, de cuyo estudio se efectuará un análisis que nos servirá de base para nuestro objetivo, es decir, determinar si las ganancias que obtiene el sujeto activo de la usura –es decir la persona que da en préstamo el dinero-, se someten al impuesto a la renta.

En la actualidad y particularmente en el Ecuador la usura se encuentra tipificada como delito en el Código Penal; sin embargo, el Derecho Civil también se ha ocupado de este tema, cuando habla sobre el interés, respecto al “mutuo o préstamo de consumo”.

---

<sup>124</sup> Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 185

Veamos lo que dice primeramente nuestro Código Civil para luego pasar a analizar la normativa penal.

El art. 2099 señala que: “mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”, -del cual- “se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles” de acuerdo como lo que señala el art. 2108. El artículo siguiente establece que “el interés convencional, civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales aún sin solicitud del deudor...” De igual forma, el art. 2115 se pronuncia sobre este asunto e indica que: “el acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aún cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social Campesino, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 2111<sup>125</sup>. Se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses, o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido.”

La legislación puesta de manifiesto, revela que la usura se sanciona en primer momento dentro del área privativa civil, pues la ilicitud de esta conducta se encuadra dentro de esta área. No obstante, se ha insertado la usura en la normativa penal, de modo que se pueda lograr con mayor efectividad la represión de esta práctica.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> “Art. 2111.- Si se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital.”

<sup>126</sup> Al respecto Cabanellas manifiesta que “la sanción dirigida contra la usura puede tener y tiene carácter civil y penal. La usura constituye delito cuando ha sido prevista en la ley penal, lo cual lleva consigo ciertas consecuencias en la ley civil también; pues no resulta conveniente que el contrato, que tiene para las partes la misma fuerza de ley, se convierta en elemento perturbador de la Moral, que consienta o facilita la opresión del económicamente débil por el fuerte. Quien ante una situación de vida o muerte, fundamental para su honor o

Y es así que el Código Penal, en el art. 583 expresa que: “es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias”; delito que es reprimido con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América a quien se dedicare<sup>127</sup> a préstamos usurarios, según lo ordena el art. 584. Seguidamente, el art. 585 advierte que: “será reprimido con prisión de uno a tres años y multa de treinta y un a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que encubriere, con otra forma contractual cualquiera, la realidad de un préstamo usurario.” Es pertinente acotar en este punto que es el Directorio del Banco Central el organismo encargado de fijar las tasas de interés en el Ecuador, de acuerdo con la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.<sup>128</sup>

---

la tranquilidad familiar, se ve obligado a pedir una suma prestada, no da un consentimiento libre; por lo menos cuando ese interés supera con mucho a normal del dinero. Los códigos no sirven para amparar abusos, y la libertad contractual deber ser limitada allí donde dé origen a imposiciones que anulan la voluntad de los contratantes”. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, p. 286.

<sup>127</sup> Como lo advierte la doctrina, la *habitualidad* se presenta como un rasgo característico de la usura; y la legislación expuesta, no se escapa de esta particularidad, de esta forma el art. 584 menciona que “será reprimido con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América *el que se dedicare* a préstamos usurarios” -lo resaltado me pertenece-. Es así como el vocablo “dedicar”, supone habitualidad en la práctica de este ilícito, no obstante la doctrina también ha dado a conocer la polémica que gira en torno a este tema, pues no hay un criterio común para establecer desde cuándo se considera que la actividad se ha convertido en habitual. En todo caso, no nos corresponde ahora discutir sobre esta situación, el hecho es que nuestra ley penal ha considerado la habitualidad como criterio básico de este delito. En este contexto, Landrove Díaz citado por Hernández manifiesta que “la habitualidad en la usura ataca la economía nacional y lesiona la ordenación del crédito, perturbando la estructuración que del mismo realiza el poder público. Por esta vía se reconoce que el bien jurídico de la economía social se califica como un bien jurídico de segundo orden en este ilícito.” Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 207.

<sup>128</sup> El expediente No. 144-99, de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 123, del 19 de Julio del 2000, nos permite advertir el criterio de la Corte respecto de este delito y cómo la falta de pruebas le restan efectividad al proceso, la parte resolutive de la sentencia expresa: “Si el artículo 583 del Código Penal califica como usurario al préstamo en el que directa o indirectamente se estipula un interés mayor que el permitido por la ley u otras ventajas usuarias, no existiendo en el proceso esa prueba, pierde sustento legal el pronunciamiento del Tribunal a quo, porque para que se deban intereses usurarios, es necesario expresarlo en el contrato. Además, el artículo 2138 del Código Civil, dispone que 'si se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital', (Gaceta Judicial, Serie II No. 142, página 1134). Así mismo se presumirá usura, según el inciso segundo del artículo 2142 del mismo código, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido, lo que no ocurre en esta causa. Se descubre entonces la carga subjetiva del Tribunal Penal con deducciones al margen de la verdad

Existe además en el Ecuador una ley especial que regula este delito, me refiero a la Ley contra la Usura, creada a través del Decreto Legislativo 017 y publicada en el Registro Oficial 108 del 18 de abril de 1967; cuyos considerandos justifican notoriamente su afán por combatir esta práctica que para esa época ya se había propagado en el país.

Para los fines de esta investigación, pienso oportuno, señalar el art. 2 de esta Ley que dice: “El impuesto a la renta emanado de préstamos a mutuo u otra causa de endeudamiento cualquiera, pagará el acreedor, y, en ningún caso, el deudor, incluyendo, según el caso, los gastos concernientes a la cancelación de los gravámenes reales, de los bienes afectados en garantía de los préstamos. Para la cancelación bastará orden del Juez notificada a los funcionarios correspondientes. Tratándose de hipotecas se anotará la cancelación al margen de la inscripción, sin necesidad de escritura de cancelación. En caso de controversia acerca del pago de impuestos, se estará al juramento deferido del prestatario.” Esta misma Ley, enuncia que “se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento, sin determinar concretamente el monto del valor recibido” (Art. 3).

En base a los criterios antes expuestos, se aprecia que las consecuencias de esta práctica son sin duda económicas y jurídicas. La primera por los “réditos” que la usura le genera al prestamista, y jurídica por la sanción penal a la que se vería sujeto si se

---

procesal, sin que además se aprecie en la sentencia demostración de sana crítica, como ejercicio de la razón, para con lógica y congruencia, sin malicia, arribar a la certeza que en el presente enjuiciamiento, no se ha justificado dolo en los préstamos comerciales de dinero libremente contratados por las partes, consecuencia de lo cual es la inexistencia de la infracción punible e imposibilidad legal de imponer sanción por una denuncia y acusación carente de respaldo probatorio. Por las consideraciones anotadas, este Tribunal Supremo de Casación, estimando procedente el recurso interpuesto por G. M., por falsa aplicación de los artículos 583 y 584 en relación con los artículos 61, 63, 64, 66, 127, 157, 326 y 333 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el vigente artículo 358 de este código promulgado en el Suplemento del Registro Oficial número 360 de 13 de enero del presente año, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR LA AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia y enmienda la transgresión legal que la afecta; y, en consecuencia, declara absuelta a la procesada sentenciada -recurrente G. M.-, por no estar probado en el proceso el delito de usura...”.

comprobar la existencia del delito. Sin embargo si el delito no ha sido juzgado y condenado —o hasta que el delito no haya sido declarado judicialmente—, la renta generada por este ilícito deberá necesariamente tributar, bajo el amparo del principio de capacidad contributiva e igualdad. En este sentido, el ingreso de ganancias al patrimonio del usurario -independientemente de la fuente de obtención de ésta-, se convierte en evidencia de la existencia de capacidad económica del sujeto que lo obliga al pago del tributo; condición que se apoya en el principio de igualdad.

Además, resulta contundente la disposición del art. 2 de la Ley contra la usura, que manifiesta que: “el impuesto a la renta emanada de préstamos a mutuo u otra causa de endeudamiento cualquiera, pagará el acreedor, y, en ningún caso, el deudor, incluyendo, según el caso, los gastos concernientes a la cancelación de los gravámenes reales, de los bienes afectados en garantía de los préstamos. Para la cancelación bastará orden del juez notificada a los funcionarios correspondientes. Tratándose de hipotecas se anotará la cancelación al margen de la inscripción, sin necesidad de escritura de cancelación. En caso de controversia acerca del pago de impuestos, se estará al juramento deferido del prestatario.”

La norma presentada ratifica el criterio antes vertido, pues la Administración Tributaria en estricto cumplimiento de sus atribuciones, y bajo determinados criterios legales y constitucionales, somete a tributación estas ganancias, -que por su origen son motivo de análisis y discusión-. Sin embargo, la fuente generadora de renta, es irrelevante para efectos tributarios, pues aquella no fue tomada en consideración por el legislador dentro del presupuesto de hecho que da origen a la obligación tributaria, pues el hecho generador grava en primera instancia una actividad económica, mas no jurídica.



Considero oportuno cerrar con una frase que abarca las ideas vertidas: “los beneficios que representan para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una exigencia digna (...) En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos mayormente de los mejor dotados”.<sup>129</sup>

En base del estudio de estos casos prácticos, se evidencia que la tributación de rentas ilícitas es viable, ya que la técnica impositiva no podría excluir estas rentas de tributación, puesto que cumplen con las condiciones exigidas por la norma tributaria y los principios de la tributación; en todo caso, de las sanciones a las actividades ilícitas que originan estas rentas se encargará la jurisdicción penal.

### **3.2 FORTALECIMIENTO DE LA MORAL DEL ESTADO, MEDIANTE LA TRIBUTACIÓN DE RENTAS ILÍCITAS**

La vinculación de la tributación de rentas ilícitas con una posible inmoralidad del Estado, motiva el desarrollo de las siguientes líneas, a través de las cuales se reflexionará sobre algunos puntos necesarios que me permitan argumentar una posición contraria a esta supuesta relación.

Recordemos que el fundamento de los tributos, es solventar el gasto público, generado de la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, que pueden ser redistributivos como la salud, educación, vivienda, o planes sociales; extrafiscales como el

---

<sup>129</sup> Augusto Ibañez, Guillermo Ospina, Nelson Nevito, *El Delito Fiscal*, Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez, 2004, p. 54

ahorro, la inversión, o reinversión; o para el mismo mantenimiento de sus instituciones. Así, la imposición tributaria se fundamenta en estas finalidades elementales para el desarrollo del país.

En este sentido, los ingresos tributarios son demandados por el Estado para el cumplimiento de sus funciones, recursos que llegarán al fisco, a través de la contribución que los ciudadanos realizan mediante el pago de sus tributos; compromiso considerado como un deber moral y de justicia legal; moral, por el respaldo económico que el sujeto realiza para el beneficio de la sociedad en la cual se desenvuelve; y de justicia legal, porque la sujeción del individuo a una obligación impositiva, se regula a través de una ley que crea el tributo.

Pienso que en este punto, se sostiene la primera justificación de la moralidad del Estado, pues el mismo no obliga de manera arbitraria al ciudadano al pago de los tributos; es bajo cumplimiento de la norma tributaria que establece el pago de un tributo que el ciudadano queda obligado a satisfacer la exacción pecuniaria. Así también los principios de la imposición fortalecen la moral tributaria del Estado; y son además del principio de legalidad, los principios de igualdad, capacidad contributiva, generalidad, y equidad, entre otros que también se suman a esta misión. La no tributación de las rentas de fuente ilícita, vulneraría notoriamente estos principios, situación que la analizaremos en el siguiente subtítulo.

Pero en la construcción de la moral tributaria, no solo forma parte el contribuyente con el pago cumplido y honesto de sus tributos, también entra el Estado, ya que el mismo busca alcanzar el bienestar colectivo, y la consecución de sus objetivos de desarrollo que se verán reflejados en condiciones de vida favorables para los ciudadanos. Si *todos* los ecuatorianos estamos obligados al pago de tributos, inmoral sería si se exime de

tributación las ganancias de origen ilícito; además el Estado estaría quebrantando sus objetivos, por falta de ingresos que nutran su presupuesto; no quiero decir con ello que el Fisco pueda tomar o disponer de cualquier recurso proveniente de acto ilegal, sino que el ingreso a la Hacienda Pública de ganancias ilícitas se da por el cumplimiento de un hecho imponible previsto en la ley tributaria.

Pienso que el Estado caería en una situación de inmoralidad cuando -por ejemplo- irrumpa en la esfera de los derechos fundamentales y éstos se vean vulnerados, pues como bien lo manifiesta Kaufmann, “el Derecho está orientado a una meta moral, ya que, en tanto el orden jurídico proteja y garantice los derechos subjetivos del hombre, sirve a la autorrealización de la personalidad moral.”<sup>130</sup>

Los doctrinarios que también defienden la tributación de rentas ilícitas, sostienen su postura manifestando que no puede haber inmoralidad por parte del Estado, porque solo las personas son morales, creo que la respuesta no va por ese lado. No cabe duda que el Estado es un ente abstracto, pero es administrado y gobernado por personas que tienen que sujetarse a las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho.<sup>131,132</sup> Así la tributación de rentas ilícitas, no le quita moralidad al Estado -o a los sujetos que lo

---

<sup>130</sup> Arthur Kaufmann, *Derecho, Moral e Historicidad*, p. 58.

<sup>131</sup> Al respecto el reconocido constitucionalista ecuatoriano Julio César Trujillo manifiesta que: la realidad moral del Estado es la única que explica su permanencia y hace de todos los diversos elementos que lo componen un ente único. Esta realidad moral es además una persona jurídica, es decir, sujeto de relaciones reguladas por el Derecho, capaz de adquirir derechos, contraer obligaciones, asumir responsabilidades, como cualquier otra persona física o jurídica; pero, a diferencia de estas, dotada de poderes que le colocan en situación de marcada superioridad frente a todas ellas. La personalidad jurídica del Estado ecuatoriano no consta en una norma específica sino que se desprende del ordenamiento jurídico general, en especial de la Constitución, de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Código Civil. Además el Estado como persona jurídica necesita de una persona física que, como órgano, la represente; esta representación es una en las relaciones internacionales y otra al interior de las fronteras patrias. Según el Derecho Internacional la representación del Estado ante los demás sujetos del mismo Derecho Internacional, es el Jefe de Estado y el Ministro encargado de las relaciones exteriores. La representación del Estado en el Derecho interno del Ecuador compete al Presidente de la República en toda clase de actos y contratos; y el Procurador es el único representante judicial. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Segunda edición, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 113-114.

<sup>132</sup> El Art. 1 de nuestra carta política establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” (Me corresponde lo resaltado).

gobiernan-, más bien: 1. Se está cumpliendo cabalmente con la ley tributaria cuando estas rentas caen dentro del presupuesto de hecho del tributo, 2. Se confirmaría el objetivo de justicia fiscal invocado por el Estado, y 3) Se ejecuta una finalidad recaudatoria encaminada a cubrir gastos para el beneficio colectivo de la sociedad en la cual también viven los sujetos que obtienen sus ganancias de modos ilegales.

### **3.3 LOS PRINCIPIOS DE LA TRIBUTACION EN EL SOMETIMIENTO DE RENTAS ILÍCITAS**

Habíamos comentado en el primer capítulo, que el Estado encuentra un límite a su poder impositivo mediante los principios constitucionales tributarios; de manera que la legislatura se dirigirá por estos postulados dictados por la norma suprema, al momento de establecer tributos.

Esto ha motivado a la doctrina, a investigar y revelar qué hay detrás de los principios que orientan la tributación, cuál es su incidencia y de qué manera se constituyen en una garantía para los ciudadanos. De ahí, los valiosos aportes realizados en torno a este tema.

Guiados por estos argumentos doctrinarios, hemos querido encontrar en ellos una respuesta válida a nuestro planteamiento; que nos permita entender y deducir, si se deben someter a tributación las rentas ilícitas.

Son múltiples los principios tributarios recogidos en las diferentes cartas políticas - y la ecuatoriana no es la excepción-; pero en virtud de alcanzar el objetivo de esta investigación he centrado mi atención en los principios de igualdad y capacidad contributiva; pues encuentro además que éstos se retroalimentan entre sí.

Tomando en consideración que el *principio de igualdad* busca que la ley trate de forma igual a los iguales y desigual a los desiguales; si se verifica la realización de un hecho imponible, por dos sujetos que tienen igual capacidad contributiva, y no se somete a tributación a quien obtuvo su renta de forma ilícita, se estaría evidentemente ante una clara desigualdad. La norma tributaria no dispone de manera expresa la tributación de estas rentas, pero un principio tributario elevado a rango constitucional -como lo es el de igualdad- garantiza a los ciudadanos, un igual tratamiento a quienes se encuentran en la misma situación o condición de hecho.

Si únicamente cumple con su obligación al Fisco el ciudadano que honestamente ha conseguido una determinada renta -que puede provenir del trabajo y/o capital-, se colige que estaríamos ante un indiscutible quebrantamiento del principio de igualdad, y muy lejos de alcanzar el ideal de justicia fiscal que busca todo sistema tributario, pues se estaría dando un beneficio a quien no obtuvo correctamente sus ganancias; cuando ambos sujetos deberían tributar sus rentas por estar en iguales condiciones para contribuir con el financiamiento de la hacienda pública.

Respecto al principio de *capacidad contributiva*, vale recordar que ésta es entendida como la real condición para hacer frente a una exigencia del Estado, aptitud que depende de dos elementos: “uno, el volumen de recursos que el sujeto posee para satisfacer con ellos el gravamen, otro, la necesidad que de tales recursos tiene”.<sup>133</sup> Estamos hablando entonces de una capacidad concreta, no abstracta, es decir, que ciertamente el sujeto pueda ser obligado a cumplir con la carga impositiva. Pérez de Ayala y González plantean que se puede tener capacidad de pagar tributos, ya por ser titular de

---

<sup>133</sup> José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario*, p. 175.

unos bienes, renta, etc., o por haber sido beneficiado por una actividad o prestación del ente público.<sup>134</sup>

En este sentido si una persona obtiene ganancias producto de un ilícito se considera razonable que tribute por este hecho, pues al ingresar réditos en su patrimonio, manifiesta una capacidad, que lo convierte en sujeto idóneo de imposición tributaria. No se podría vulnerar el principio de capacidad contributiva –y por ello el de igualdad en materia tributaria- excluyendo a esta persona del cumplimiento del gravamen, ya que el hecho imponible, no ha tomado en consideración el origen lícito o ilícito de la renta, sino un suceso económico que el legislador plasmó en la norma, para dar origen a la obligación tributaria.

Según Galarza, “los casos de no- tributación de un acto ilícito se darían cuando la ilicitud implique la no-configuración del acto jurídico fijado como presupuesto para la aplicación del tributo, pero no a la ilicitud considerada en sí misma. De este modo, cuando el hecho imponible no ha tomado en cuenta la naturaleza jurídica del acto, la ilicitud le será independiente.”<sup>135</sup>

Bajo estos argumentos, este principio se convierte en soporte para justificar la tributación de rentas ilícitas, porque, los diversos hechos imponibles que se han previsto en la norma tributaria, se han inspirado en el principio de capacidad contributiva; de manera que los ingresos generados por fuente ilícita, deberán cumplir con el impuesto, pues el hecho generador reviste un contenido económico, que ha de ser revelador de un índice de riqueza que le acredite al ciudadano la capacidad para hacer frente a una

---

<sup>134</sup> José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario*, p. 176.

<sup>135</sup> César Galarza, “La Tributación de los Actos Ilícitos”, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro, coord., *Derecho Penal Tributario*, p. 266.

exacción pecuniaria, de modo que al configurarse este hecho, se genera una obligación que someterá a tributación las rentas del ciudadano sean éstas de origen lícito o no.

Coincidiendo con Tarsitano en que “otras muchas prestaciones coactivas tienen su fuente en la ley y sólo las tributarias se edifican sobre la capacidad contributiva”<sup>136</sup>, se hace de imperativo cumplimiento este precepto diferenciador del Derecho Tributario, el mismo que lejos de gravar una manifestación de riqueza, lleva implícita una base moral, que se manifiesta en la conciencia solidaria del ciudadano, el mismo que disponiendo de recursos aptos cumplir con el pago de un impuesto -una vez que sus gastos vitales han sido satisfechos- se convierte en sujeto de imposición, garantizándole al Estado su correcto desenvolvimiento y cumplimiento de sus fines.

---

<sup>136</sup> Alberto Tarsitano, “El Principio de Capacidad Contributiva. Un enfoque dogmático”, en Pasquale Pistone y Heleno Taveira Torres (Coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 408.

## CONCLUSIONES

1. La tributación de rentas ilícitas no quebranta la moral del Estado, ni mucho menos se podría hablar de una doble moral estatal. La variedad de delitos que un individuo puede cometer y que son objeto de sanción, están regulados por el Código Penal, y es el Estado que a través de esta legislación reprueba y castiga los ilícitos. Pero el Derecho Tributario, tiene un fin distinto, esto es, regular las normas que crean obligaciones de carácter coactivo entre el Estado y los ciudadanos, de manera que al verificarse el cumplimiento del hecho generador previsto en la norma tributaria, el ciudadano deberá satisfacer el pago del gravamen, cumpliendo así con su deber de aportar al sostenimiento de las cargas públicas bajo un criterio de *igualdad* y justicia tributaria. En este sentido el Estado por ninguna razón se convierte en protector o partícipe de un ilícito; la supuesta *inmoralidad* del Estado se desmiente además, si analizamos que el legislador no toma en consideración las rentas provenientes de un ilícito para someterlas a tributación y es por ello que en nuestra legislación no existe disposición expresa que las incluya. La situación es que el ciudadano puede darles la apariencia de licitud al insertarlas -por ejemplo- en una actividad económica que genera renta y por la cual se debe pagar el impuesto. Sin embargo, existe también la posibilidad de que tributen como ganancias injustificadas de patrimonio, es decir, si existe una variación en el patrimonio del contribuyente y éste no coincide con los ingresos que se incluyeron en la declaración de impuesto a la renta, se la considera como renta no declarada por la cual también tendrá que tributar, pues la Administración Tributaria no estará obligada a probar cómo se generaron esas rentas sino es el contribuyente quien deberá hacerlo. Queda claro entonces que las normas tributarias no tienen como objetivo establecer sanciones penales, sino que



determinan los parámetros bajo los cuales una renta se somete a imposición. Descartamos de esta forma cualquier duda de una supuesta falta de moralidad del Estado al someter a tributación rentas ilícitas o potencialmente ilícitas.

2. Los principios constitucionales tributarios como criterios básicos de imposición, de manera especial el principio de capacidad contributiva se convierte en el sustento clave de la tributación de rentas ilícitas, puesto que la capacidad económica que proviene de la obtención de una determinada ganancia otorga al ciudadano aptitud para cumplir con una obligación tributaria, en este sentido, la riqueza que proviene de ganancias ilícitas es susceptible de imposición, puesto que la persona que ve ingresar en su patrimonio estos réditos, manifiesta índices de capacidad contributiva que lo hacen apto para satisfacer el pago del impuesto. Estas ideas se conectan de manera directa con otro precepto de orden constitucional, el principio de igualdad, el mismo que no puede verse lesionado por la imposición discriminatoria a un grupo de la población que obtiene sus ganancias de manera legal, mientras quienes han conseguido beneficios económicos de fuentes ilícitas no sean sometidos a las reglas del impuesto a la renta, no quiero decir con ello que la imposición se convierte en una especie de sanción a estos ciudadanos, - puesto que la norma tributaria no tiene como finalidad el imponer sanciones sino establecer y hacer cumplir con una obligación pecuniaria al ciudadano-, sino que la igualdad como valor moral y principio constitucional es una aspiración de la sociedad en su conjunto que rechaza cualquier tipo de trato incompatible con este precepto y que marque diferencias entre ciudadanos que estarían en igualdad de condiciones para contribuir.

En mi opinión los principios constitucionales tributarios aspiran a) a convertirse en garantía y protección para los contribuyentes, b) en límites al ejercicio del poder impositivo del Estado, y c) en reguladores básicos de la tributación; en todo caso, no existe ningún precepto tributario de naturaleza constitucional que prohíba o exima de tributación las rentas provenientes de ilícitos, así, esos preceptos velarán por garantizar una verdadera justicia fiscal, la solidaridad y la cooperación, todo ello de camino a lograr el bienestar de la colectividad.

3. El legislador al momento de fijar un hecho como imponible, lo hace tomando en consideración datos de riqueza que permitan que el ciudadano sea sujeto idóneo para contribuir, en este sentido, las consecuencia de índole impositiva recaen sobre esta riqueza, es decir, el hecho imponible grava hechos económicos de alcance jurídico-impositivo, lo que no obsta para que luego el sujeto pueda verse sancionado por la ley penal si estos beneficios provienen de una fuente o actividad ilegal. De esta forma, la licitud o la ilicitud de la fuente que origina la renta no se encuentra comprendida dentro del hecho imponible, porque éste no contempla este tipo de circunstancias, sino situaciones de naturaleza económica.
4. La Administración Tributaria, no cuenta entre sus competencias verificar o investigar el origen de la renta o la licitud de la misma antes de someterla a tributación, a lo sumo debe informar a la autoridad pertinente para que realice las acciones necesarias, encaminadas a determinar la existencia de un posible delito, sin embargo, antes de comprobarse el ilícito el contribuyente puede ser sujeto de imposición si demuestra capacidad contributiva que le permite cumplir con el pago

del impuesto, y por supuesto deberá hacerlo independientemente de la fuente que origina sus ganancias, pues la ilicitud no afecta la configuración del hecho imponible que da origen a la obligación tributaria. En todo caso, el pago del impuesto se realiza antes de que eventualmente la justicia penal compruebe que el ciudadano ingresó a su patrimonio bienes o rentas producto de un ilícito, porque el momento en el cual actúa la Administración Tributaria, es cuando evidencia índices de riqueza que otorgan capacidad al ciudadano para contribuir, de quien *a priori* no puede presumir que a través de una actividad ilícita genera renta, hasta que las autoridades penales así lo comprueben.

Las reflexiones expuestas a lo largo de esta investigación, han procurado destacar la vinculación que existe entre *la moral y la tributación*, quedando descartado cualquier indicio de inmoralidad por parte del Estado, al someter a tributación rentas provenientes de actividades ilícitas, ya que el sistema tributario no puede ser funcional a fines ilegítimos. El nacimiento de una obligación tributaria y la consecuente satisfacción pecuniaria por parte del sujeto pasivo de la misma, se encuentra sometido a una normativa legal y constitucional, es así, que la legislación tributaria y los principios constitucionales tributarios, garantizan que la vía a través de la cual se considera a un ciudadano apto para contribuir, estará dirigida a lograr una verdadera justicia fiscal. En este sentido, el poder impositivo del Estado está regulado por el Derecho lo que permite evidenciar que también existe una connotación moral, porque el legislador con un criterio de justicia e igualdad determina los índices de capacidad contributiva que pueden constituirse en hechos generadores de la obligación, es decir, la contribución que realiza el ciudadano estará en función de su riqueza, la misma que será sometida a

tributación con independencia de su origen, pues las circunstancias ilícitas que rodean la configuración del hecho imponible, no afectan el nacimiento de la obligación impositiva. Es así que en la relación tributaria de la cual forma parte el contribuyente y el Estado, existe un equilibrio que viene dado por el aporte de ambos sujetos, el primero que en función de su capacidad económica participa con su riqueza en el sostenimiento de la estructura de la cual forma parte y el segundo que canaliza estos recursos en la ejecución de servicios públicos de manera que las necesidades de la comunidad puedan verse solventadas. De esta forma las necesidades públicas se satisfacen a través de la actuación del Estado, el mismo que persigue el progreso y el desarrollo de la nación como medio para lograr la realización plena del ciudadano.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1963
- Almeida Guzmán Diego, *Curso de Legislación Tributaria Corporativa. Una aproximación jurídico-práctica*, Quito, Editorial Ecuador, 2001
- Amatucci Andrea, *Tratado de Derecho Tributario* Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001
- Altamirano Fabián, *Los Principios Tributarios recogidos en la nueva Constitución Política*, en: Revista Novedades Jurídicas, Numero 31, Ediciones Legales, 2009
- Álvarez Rodríguez Julio Fernando, *Los Principios tributarios en el ámbito impositivo de las personas físicas – Una reflexión sobre la capacidad contributiva y las minoraciones estructurales*, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Memorias III Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Quito, 2003
- Arocena Gustavo, *Delitos Aduaneros*, en: Balcarce Fabián, *Derecho Penal Económico*, Tomo 2, Córdova, Editorial Mediterranea, 2004

- Arocena Gustavo, *Contrabando*, en: Carrera Daniel, Vázquez Humberto, *Derecho Penal de los Negocios*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004
  
- Bayertz, Kurt, *La Moral como construcción. Una autoreflexión sobre la Ética Aplicada*, en: Cortina Adela, García-Marza Domingo (Editores), *Razón pública y ética aplicadas*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003
  
- Bird Richard y Oldman Oliver, *La imposición fiscal en los países en desarrollo*, Primera Edición en español, México, Uteha, 1968
  
- Borinsky Mariano, *El incremento patrimonial no justificado en el impuesto a las ganancias y su incidencia en el proceso penal*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008
  
- Bourdieu, Pierre, *Razones Prácticas*, Barcelona, Editorial Anagrama S.A, 1997
  
- Brugger Walter, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Editorial Herder, 1978
  
- Buompadre Jorge, *Lavado de Dinero*, en: Carrera Daniel, Vázquez Humberto (Directores), *Derecho Penal de los Negocios*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004

- Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 25ª Edición, 1997
  
- Calvo Ortega Rafael, *Curso de Derecho Financiero I Derecho tributario*, Madrid, Editorial Civitas, 1997
  
- Casás José Osvaldo, *Principios Jurídicos de la Tributación*, en García Belsunce Horacio, *Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003
  
- Carré de Malberg R, *Teoría General del Estado*, México D.F, Facultad de Derecho UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998
  
- Cervini Raúl, *Principios del Derecho Penal Tributario en el estado constitucional de derecho*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008
  
- Damarco Jorge Héctor, *Metodología científica del Derecho Tributario*, en: García Belsunce Horacio, *Tratado de Tributación Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003
  
- De Abreu Machado Derzi Misabel, *Buena fe en el Derecho Tributario*, en Pistone Pasquale y Taveira Torres Heleno (Coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005

- Del Percio, Enrique, *Sociedad, Estado y Tributación. Apuntes para una sociología de las finanzas públicas*, en Alegatos: Revista de opinión jurídica
  
- Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo II-B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001
  
- Dromi, Roberto, *Manual de Derecho Administrativo* Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987
  
- Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984
  
- Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo 1, 2, 3, Madrid, Alianza Editorial, 1981
  
- Ferreira Delgado Francisco, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis, 2006
  
- Ferreiro Lapatza José Juan, *Los elementos constitutivos de la obligación tributaria*, En: Amatucci Andrea, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo segundo, Bogotá, Editorial Temis, 2001
  
- Ferreiro Lapatza José Juan, En: Pistone Pasquale y Taveira Torres Heleno (Coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional*



*e Internacional – Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005

- Figueroa, Lewin, *Principios constitucionales del derecho tributario*. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002
- Fuller, Lon, *La Moral del Derecho*, México D.F, Editorial F. Trillas, 1967
- Galarza, César, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008
- Galarza César, *La Tributación de los Actos Ilícitos*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005
- García Belsunce Horacio, *Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003
- García Novoa César, *Consecuencias penales de los incrementos patrimoniales no justificados*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008
- Giannini A.D, *Instituciones de Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957

- Giuliani Fonrouge y Navarrine Susana, *Impuesto a las Ganancias*, Cuarta Edición (Actualizada y ampliada por Susana Navarrine y Rubén Asorey) , Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007
  
- Gómez-Heras, José, *Teorías de la Moralidad*, Madrid, Editorial Síntesis S.A, 2003
  
- Griziotti Benvenuto, *Principios de Ciencias de las Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949
  
- Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Editorial Paídos, 1991
  
- Heller Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de cultura económica, 1998
  
- Hernández Quintero Hernando, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Segunda Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998
  
- Hurri, Samuli, *Las categorías de público y privado en el Derecho y la Moral*, en: Navarro Pablo y Redondo María Cristina (Compiladores), *La Relevancia del Derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002
  
- Ibañez Augusto, Ospina Guillermo, Nevito Nelson, *El Delito Fiscal*, Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez, 2004

- Jarach Dino, *Finanza Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tercera edición
  
- Jaramillo Vega Jorge, *Derecho Financiero y Legislación Tributaria en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985
  
- Kaufmann, Arthur, *Derecho, Moral e Historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000
  
- Larenz Karl, *Derecho Justo –Fundamentos de Ética Jurídica-*, Madrid, Civitas Ediciones, 1985
  
- Liccardo Gaetano, *Introducción al estudio del Derecho Tributario*, en Amatucci Andrea, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001
  
- Llor Mera Ángel, *Manual de Derecho Penal Tributario*, Primera Edición, Quito, Impresores MYL, 2003
  
- López Díaz Antonio, *Aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008

- Lozano Rodríguez Eleonora, *Concepción del Rédito de Enriquecimiento como hecho imponible del impuesto a la renta: una perspectiva de derecho comparado*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008
  
- Luqui Juan Carlos, *La obligación tributaria*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989
  
- Lyons, David, *Ética y Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1984
  
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988
  
- Montaña Galarza César, *La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los Estados miembro de la Comunidad Andina*. En *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, coor. Aimée Figueroa Neri, Universidad de Guadalajara, 2004
  
- Montaña Galarza César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, 2007
  
- Montero Traibel Pedro, *La Exoneración*, en *Derecho Tributario Moderno*, Tomo I, Volumen II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria

- Navas Rial Claudio, *Problemas dogmáticos derivados del delito tributario. El bien jurídico protegido*, en: Altamirano Alejandro y Rubinska Ramiro (Coordinadores), *Derecho Penal Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Marcial Pons de Argentina, 2008
  
- Orunesu Claudina, Perot Pablo, Rodriguez Jorge, *Derecho, Moral y Positivismo*, en: *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005
  
- Palombella, Gianluigi, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999
  
- Pérez de Ayala José Luis y González Eusebio, *Curso de Derecho Tributario* Tomo I, 4ta. Edición, Madrid, Editorial Edersa, 1986
  
- Plazas Vega Mauricio, *Los Principios Constitucionales del sistema tributario*, en *Teoría Constitucional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006
  
- Queralt Juan Martín, *La Potestad Tributaria*, en Amatucci Andrea, *Tratado de Derecho Tributario* Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001
  
- Quevedo Belisario, *Ensayo Sociológico, político y moral* Vol. 10, Quito, Editorial Banco Central del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 1981
  
- Rajland, Beatriz, *Algunas inquietudes sobre los temas de Ética, Moral y Justicia*, en: Farinati Alicia, *El Valor de la Justicia en la Convivencia Democrática*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000

- Ramos, José Antonio, *Función del Derecho y moralidad*, en Bonete Perales Enrique, *La Política desde la Ética, Problemas morales de las democracias*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1998
  
- Raz, Joseph, *La Ética en el Ámbito Público*, Barcelona, Editorial Gedisa S.A, 2001
  
- Salas, María Alejandra, *El papel de la jurisprudencia constitucional en el Principio de Reserva de Ley en Materia Tributaria*, en: González Eusebio, *Temas Actuales de Derecho Tributario*, Barcelona, J.M Bosch, 2005
  
- Spisso Rodolfo, *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1991
  
- Tapia Tobar José, *La evasión fiscal: causas, efectos y soluciones*, México, Editorial Porrúa, 2000
  
- Tarsitano Alberto, *El Principio de Capacidad Contributiva. Un enfoque dogmático*. En: Pistone Pasquale y Taveira Torres Heleno (Coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005

- Telerman de Wurcel Graciela, *Principios y Garantías Constitucionales*, en García Belsunce Horacio, *Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen II*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003
  
- Tipke Klaus, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2002
  
- Troya Jaramillo, José Vicente, *El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano*. A la memoria del maestro latinoamericano doctor Ramón Valdés Costa. Quito, 1998
  
- Trujillo Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Segunda edición, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006
  
- Tugendhat, Ernst, *Lecciones de Ética*, Barcelona, Editorial Gedisa S.A, 1997
  
- Uckmar, Víctor, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Bogotá, Temis, 2002
  
- Uribe, Angela, *¿En qué consiste una moral moderna?*, en: Hoyos Guillermo y Uribe Ángela (Compiladores), *Convergencia entre ética y política*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores – Convergencia Investigación Acción Participativa, 1998

- Valdés Villarreal Miguel, *La Justicia en las contribuciones*, en *Principios Tributarios Constitucionales*, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1992
  
- Valdés Costa Ramón, *Instituciones de Derechos Tributario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996
  
- Villarroel Barrientos Carlos y Villarroel Barrientos Gabriel, *La obligación natural como elementos moralizador de la relación jurídica en el Código Civil Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982
  
- Villegas Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 3era. Edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984
  
- Villegas Héctor, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, 8va. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002
  
- Zabala Baquerizo Jorge, *Delitos contra la Propiedad*, Tomo IV, Guayaquil, Editorial Edino, 1992.

#### **Direcciones de Internet**

- [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_etica\\_fiscal.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_etica_fiscal.htm)
  
- <http://www.papalencyclicals.net>



- <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-ab.htm>
- <http://www.vatican.va/>
- [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar)
- [www.ciat.org](http://www.ciat.org)
- [www.sri.gov.ec](http://www.sri.gov.ec)
- [www.uif.gov.ec](http://www.uif.gov.ec)

### **Legislación ecuatoriana**

- Código Civil
- Código Penal
- Código Tributario
- Ley contra la Usura
- Ley Orgánica de Adunas
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno
- Ley de sustancias estupefaciente y psicotrópicas
- Ley para reprimir el lavado de activos